# Die Diskontierung der Nacherbschaft

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

DER

HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT
ZU GÖTTINGEN

VORGELEGT

VON

**Rudolf Bußmann**

ACAD.
UGD.BAT.
BIBL.

BERLIN 1914
Universitäts-Buchdruckerei von Gustav Schade (Otto Francke)

Referent: Herr Prof. Dr. Rabel.

---

Die Drucklegung ist seitens der Fakultät genehmigt.

Meinen lieben Eltern
in innigster Dankbarkeit
gewidmet

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548110_0106

# Inhaltsverzeichnis.


| | | Seite |
|---|---|---|
| § 1. | Einleitung | 9 |
| § 2. | Obligatorische Verträge über die Nacherbschaft | 11 |
| § 3. | Das Thema in der Literatur | 12 |
| § 4. | Das Wesen der Verfügung | 19 |
| § 5. | Natur der Nacherbschaft | 21 |
| § 6. | Der Begriff des künftigen Rechts | 28 |
| § 7. | Beweis für die rechtliche Möglichkeit der Gegenwartsverfügung über künftige Rechte | 31 |
| § 8. | Konstruktion der Gegenwartsverfügung über künftige Rechte | 37 |
| § 9. | Die Verfügung über die Nacherbschaft | 43 |
| § 10. | Die Wirkung der Diskontierung der Nacherbschaft auf das Ausschlagungsrecht des Nacherben | 45 |

# Verzeichnis
## der hauptsächlich benutzten Literatur.


Abrahamson: Deutsche Juristen-Zeitung (DJZ.) Bd. VIII.
Amdohr, Paul: Liegt den Bestimmungen des BGB. über die Pflichten des Verkäufers und des Käufers beim Erbschaftskauf ein einheitliches Prinzip zugrunde? Rostocker Dissert. 1908.
Binder: „Der Gegenstand" in Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 59 S. 1. ff.
— „Vermögensrecht und Gegenstand" im Archiv für bürgl. Recht Bd. 34 S. 209. ff. 1910.
— Die Rechtsstellung des Erben nach dem BGB. Leipzig 1901—04.
Bleckwenn, W.: Die Rechtsnachfolge und die Nacherbschaft. Göttinger Diss. 1905.
Boehm, J.: Das Erbrecht des BGB. Hannover 1896.
Borchert, H.: Das Erbrecht und die Nachlaßbehandlung, 2. Aufl. Breslau 1907.
Biermann: Das deutsche bürgerliche Recht. 1908.
du Chesne, Karl: Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit VIII S.534—538. 1908.
— Blätter für Rechtsanwendung Bd. 75 S. 235. 1910.
Cosack: Lehrbuch des deutsch. bürgerl. Rechts, 4. Aufl. Jena 1903.
Crome, Karl: Lehrbuch, System des deutsch. bürgerl. Rechts. Tübingen 1900—12.
Dernburg, Heinrich: Das bürgerl. Recht des Deutsch. Reiches und Preußens.
Eccius: „Das Wesen der Verfügung des BGB." in Gruchots Beiträgen Bd. 43. — Deutsche Juristen-Zeitung S. 53. 1904.
Eck: Vorträge über das Recht des BGB. 1890.
Endemann: Lehrbuch des deutsch. bürgerl. Rechts, 7. Aufl.
Förster-Eccius: Theorie und Praxis, 6. Aufl. Bd. 4 S. 630 ff.
Frommhold: das Erbrecht des BGB. Berlin 1900.
Goesch, Heinrich: Das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft. Göttinger Dissert. 1900.
Grünebaum: Deutsche Juristen-Zeitung Bd. 10 S. 801.
Hellwig: Wesen und subjektive Begründung der Rechtskraft. Berlin 1901.
Hachenburg: Studien zum Erbrecht.
Heuer: Deutsche Juristen-Zeitung Bd. 8 S. 28 und 29.
Hoddick: Verfügungen über künftige Rechte nach BGB. Leipziger Diss. 1907.
Jastrow: Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 25 S. 128.
Jérôme, Josef: Nacherbschaft und Ersatzerbschaft. Leipziger Diss. 1910.
Kipp, Theodor: Lehrbuch Bd. 2. Marburg 1911.
Köpcke: Die Rechtsstellung des Ersatz- und Nacherben. Jenaer Diss. 1902.

Kohler, Josef: Lehrbuch. Berlin 1910.
— Archiv für bürgerliches Recht Bd. 18 S. 102. Berlin 1900.
— Ideale im Recht. Berlin 1891.
— v. Holtzendorf-Kohlers Enzyklopädie Bd. 1. Berlin.
Kuhlenbeck, Ludwig: Von den Pandekten bis zum BGB. Berlin 1901.
Langheineken: Anspruch und Einrede. Leipziger Diss. 1903.
Marcuse, Martin: Die sukzessive Berufung zur Erbschaft. Rostocker Diss. 1903.
Mayer u. Reis: Lehrbuch des Familen- und Erbrechts, 4. Aufl. Stuttgart 1902.
Neubecker, F. K.: „Der abstrakte Vertrag" im Archiv f. bürgl. Recht Bd. 22 S. 34—92. 1903.
Neumann, Hugo: Handausgabe des BGB. Berlin 1909.
Oertmann, Paul: Kommentar. Berlin 1910.
Ohmeyer, Kamillo, Edler von: Verfügungen über künftige Rechte. Leipzig 1909.
Petersen, Julius: „Die Berufung zur Erbschaft" in „Bekkers und Fischers Beiträgen" 16. 1899.
Planck, G.: Kommentar, I., II. und III. Aufl.
Protokolle der Kommission.
Reichsgerichtsräten, Kommentar von. Nürnberg und Leipzig 1910.
Reichsgerichtsentscheidungen Bd. 33.
Salinger: „Die Nacherbfolge nach dem BGB." im Archiv f. bürg. R. Bd. 19 S. 138.
Semeka: „Das Wartrecht" im Archiv f. bürg. R. Bd. 35 S. 121 ff.
Seckel, E.: Die Gestaltungsrechte des bürgerl. Rechts.
Seligsohn: Der Erbschaftskauf. Rostocker Diss. 1903.
Sohm, Rudolf: „Vermögensrecht, Gegenstand und Verfügung" im Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 28.
— Der Gegenstand. Leipzig 1905.
— „Noch einmal der Gegenstand" in Iherings Jahrbüchern S. 373 ff. 1908.
Staub: Deutsche Juristen-Zeitung S. 360. 1903.
Staudinger, J. von: Kommentar zum BGB., I. und II., V. und VI. Aufl. Berlin 1911.
Straus: Deutsche Juristen-Zeitung Bd. 8 S. 342.
Strohal, Emil: Das deutsche Erbrecht. Berlin 1904.
— „Zu den Bestimmungen über die Einsetzung eines Nacherben" in Iherings Jahrbüchern f. d. Dogmatik des bürgerl. Rechts Bd. 30 S. 168.
Tuhr, A. von: Der Allgemeine Teil des deutsch. Bürgerl. Rechts. Leipzig 1910.
— „Verfügungen über künftige Forderungen" in DJZ. S. 426. 1904.
— Zeitschrift des deutschen Notarvereins Bd. 6 S. 377. 1906.
Wächtig: Zeitschrift des deutschen Notarvereins Bd 6. 1906.
Weckmann: Der Erbschaftskauf. Leipziger Diss. 1904.
Wendt: „Verfügungen über Erbschaftsanteile" im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 89 S. 425.
Wertheimer: Der Erbschaftskauf. Erlanger Diss. 1898.
Wilke: Kommentar. Kaiserslautern 1898.
Wilutzky: „Die Verfügungen des BGB." im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 28 S. 53—81.

## § 1. Einleitung.

Es gibt Tatbestände im Leben, da einem Rechtssubjekt viel daran gelegen ist, ein in der Gegenwart nicht realisierbares Recht oder seine Beziehung zu einem künftigen, vielleicht nur bedingungsweise entstehenden Recht, seine Anwartschaft oder seine Erwerbsaussicht schon in der Gegenwart zu verwerten, sei es durch Übertragung seiner Beziehung zu dem betreffenden Recht auf einen andern, sei es durch Belastung derselben u. s. w.

Bei dieser Verwertung der Beziehung des Rechtssubjekts zu dem künftigen Werte wird für die Veräußerung oder Belastung allein der Wert geboten werden, den die oben gekennzeichnete Beziehung zu dem oben geschilderten Recht in sich trägt zur Zeit der Veräußerung oder Belastung, und das ist der Wert des Rechtes im Moment seiner Realisierungsmöglichkeit oder seiner Entstehung, des Eintritts des Erwerbes u. s. w. abzüglich der Nutzungen, die dieser Wert in der Zeit zwischen der vorzeitigen Verwertung und dem künftigen Ereignis abwerfen würde.

Zu dieser Abzugssumme käme bei eventuellem Risiko des Veräußerungs- oder Belastungsgeschäftes ein Äquivalent hierfür hinzu.

Eine derartige Verwertung eines in der Gegenwart noch nicht realisierbaren Rechtes oder einer Anwartschaft oder einer irgendwie gearteten rechtlichen Beziehung zu einem in der Zukunft sicher oder auch unter einer Bedingung entstehenden Recht, kurz eine Verwertung künftiger Werte in der Gegenwart gegen Entgelt, nennen wir eine Diskontierung des betreffenden Rechtes, eine Unterart welcher Geschäfte uns in den Geschäften des Handels unter dem Namen der Diskontgeschäfte geläufig ist.

Je größer der Zeitenzwischenraum zwischen dem Diskontierungsgeschäfte und der Verwertungsmöglichkeit in der Zu-

kunft, die Unsicherheit der künftigen Verwertung selbst oder des Zeitpunktes ihrer Möglichkeit ist, desto größer wird auch das Verlangen des Rechtssubjekts sein, seine rechtliche Beziehung zur künftigen Verwertungsmöglichkeit in klingende Münze umzutauschen, — um so häufiger werden Diskontierungen künftiger Werte im Rechtsverkehr auftreten.

Im Erbrecht sind derartige Fälle in zahlreichen Variationen denkbar. Und gerade im Erbrecht ist, wie die Beispiele zeigen werden, der Eintritt der Verwertungsmöglichkeit des künftigen Wertes oft sehr ungewiß, zumal dieser Zeitpunkt zumeist vom Tode eines Dritten abhängig ist und es sich zumeist auch um größere Zeitabschnitte handelt.

Hier wären beispielsweise folgende Fälle zu nennen:

1. Kann der Nacherbe seine Beziehung zur Nacherbschaft schon vor dem Nacherbfall verwerten?
2. Kann dies der Ersatzerbe in bezug auf die Erbschaft, bevor der Eintritt der Ersatzerbfolge feststeht?
3. Kann derjenige, der gesetzlicher Erbe wäre, wenn der testamentarische ausschlüge oder für erbunwürdig erklärt würde, sein eventuelles Erbrecht veräußern oder belasten?
4. Kann bei Vorliegen von zwei Testamenten oder von Testament und Erbvertrag, aus denen nicht sicher hervorgeht, wer Erbe ist, oder bei Streitigkeit über ihre Gültigkeit oder des Vorranges des einen Testaments vor dem anderen der eine der mutmaßlichen Erben sein eventuelles Erbrecht veräußern oder belasten?

Und an diese Hauptfragen knüpfen sich die Unterfragen: ob die Gläubiger die rechtliche Beziehung des Erben zu den künftigen Werten pfänden können, ob der Veräußerer nach dem Erwerb der Erbschaft ausschlagen kann und damit das Veräußerungs- oder Belastungsgeschäft in seinen Wirkungen illusorisch zu machen imstande ist.

Aus dieser Reihe von Fragen, die in ihrer Natur manches Analoge aufzuweisen haben, greifen wir die erste heraus, die Diskontierung der Nacherbschaft.

Die Frage nach der rechtlichen Möglichkeit der Diskontierung der Nacherbschaft ist als Frage nur denkbar in der Zeit vom Erbfall bis zum Eintritt der Nacherbfolge. Denn vor

dem Erbfall kann von einem existenten Erbrecht nicht die Rede sein, und nach Eintritt der Nacherbfolge ist ja der Nacherbe ebenso gestellt wie ein gewöhnlicher Erbe, d. h. er könnte alle nur denkbaren Geschäfte in bezug auf die Erbschaft vornehmen, soweit nicht testamentarische Beschränkungen dem entgegenstehen.

## § 2. Obligatorische Verträge über die Nacherbschaft.

In der Frage der Diskontierung der Nacherbschaft ist zu unterscheiden zwischen den obligatorischen Geschäften, welche auf eine Verwertung der Nacherbschaft hinzielen, und den Veräußerungs- und Belastungsgeschäften, welche die Nacherbschaft selbst treffen, kurz denen, die Verfügungen über die Nacherbschaft enthalten.

Die obligatorischen Verträge über die Nacherbschaft werden vom Verbote des § 312 Abs. 1 nicht getroffen, da sie sich auf den Nachlaß eines Verstorbenen beziehen. Gemäß dem Prinzipe der Vertragsfreiheit, das im Obligationenrecht gilt, kann man sehr wohl von einem Fehlen eines Verbotes für derartige Verträge auf ihre rechtliche Möglichkeit schließen[1]). Gleicher Ansicht ist auch das Reichsgericht[2]) in der Entscheidung vom 11. Juli 1907, welche sich auf die Entstehungsgeschichte[3]) des § 312 beruft.

---

[1]) So auch: Boehm. S. 254; Borcherdt I S. 334; Crome V S. 679 Note 20 u. 21; Dernburg III § 158 u. V S. 537: Eck „Vorträge“ III S. 102; Groth S. 679; Kipp S. 244; Köpcke S. 17; Neumann S. 287; Oertmann zu § 312; Ohmeyer S. 204; Planck V S. 933; Salinger im Archiv f. bürgerl. Recht XIX S. 138; Semeka im Archiv f. bürgerl. Recht XXXV. S. 122; Staudinger V S. 839; Strohal II S. 214; Wäntig S. 377; Weckmann S. 11; Wertheimer S. 10.

[2]) RG. Bd. 73, S. 283, desgl. in Gruchots „Beiträgen“ Bd. 52, S. 680 u. in d. „Blättern für Rs. anwendung Bd. 73, S. 284 und in Seufferts Archiv Bd. 63, S. 370: „Ein nach dem Erbfall, jedoch vor dem Anfall der Erbschaft geschlossener Vertrag wird von der Vorschrift nicht betroffen (§ 312 A. 1, Satz 1).“ Ähnlich RG. Bd. 33, S. 293 zur Zeit des preuß. ALR.

[3]) Der erste Entwurf beantwortete die Frage, ob Verträge vor dem Eintritt der Nacherbfolge über das nacherbschaftliche Recht nichtig sein sollen, mit einem Nein. Der zweite Entwurf steht in dieser Frage auf dem

Man muß sich aber völlig über den Umfang des Bewiesenen klar sein. Daraus, daß die Verpflichtungsverträge über eine Nacherbschaft nicht unter den § 312 A. 1 S. 1 fallen, und aus dem Prinzipe der Vertragsfreiheit innerhalb des Rechts der Schuldverhältnisse folgt lediglich die Möglichkeit der obligatorischen Verträge über die Nacherbschaft. Nicht aber folgt daraus, wie die meisten wollen, ohne jede weitere Begründung auch die rechtliche Möglichkeit von Verfügungsgeschäften[4]).

Die Vertragsfreiheit ist dafür allerdings eine Voraussetzung, insofern als man nach geltendem Recht annehmen darf, wo Verfügungen erlaubt sind, seien auch bedingte Verfügungen grundsätzlich erlaubt[5]).

## § 3. Das Thema in der Literatur.

Der § 2371 sagt, daß der Erbschaftskauf ein Vertrag sei, durch den der Erbe die ihm angefallene Erbschaft verkaufe. Der Gegenstand des Erbschaftskaufes ist somit eine bereits angefallene Erbschaft; deshalb tritt die allgemeine Frage auf, inwiefern dasselbe von dem Verkaufe einer noch nicht angefallenen Erbschaft nach dem Tode des Erblassers gilt. „Ein Fall dieser Art“[1]) ist insbesondere der Verkauf der noch nicht angefallenen Nacherbschaft.

I. a) Die einen sagen[1a]), es decke sich doch der Inhalt der nach dem Erbfall geschlossenen und die Veräußerung einer dem

---

Boden des ersten Entwurfs, wenn auch die Ausführungen in den Protokollen V S. 81/82 dies nicht so klar erkennen lassen. Hier wird man ein Nichtabweichenwollen annehmen dürfen.

[4]) Dieselben wie unter Note 1 mit Ausnahme von Köpcke, Wäntig und Wertheimer. Desgl. auch das Reichsgericht (vgl. Note 2): „Der Nacherbe kann mithin schon vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge über seinen Anteil verfügen.“

[5]) Näheres unten S. 37—42.

[1]) Planck V, S. 933.

[1a]) Strohal II, S. 214 § 97 u. S. 415 Note 1. Derselbe erläutert in II S. 240 seine Ansicht dahin, daß der Nacherbe seine Erbschaft als Ganzes nicht durch einen einheitlichen Übertragungsakt zu verschaffen vermöge, selbst dann nicht, wenn die Erbschaft in vollständiger Sonderung von dem Eigenvermögen des Erben von einem Testamentsvollstrecker oder Nachlaßpfleger verwaltet wird.

Veräußerer eventuell anfallenden Nacherbschaft bezweckenden Verträge durchaus mit dem Inhalt des Erbschaftskaufes. Dasselbe sei von den Wirkungen zu sagen. Daher sei auch die Formvorschrift des § 2371 für sie direkt anwendbar. So auch das Reichsgericht[2]) in der Entscheidung vom 7. Juli 1907. Nach der Meinung des obersten Gerichtshofes gelten aber die Vorschriften über den Erbschaftskauf § 2371 ff., für die Pfändung §§ 851 und 857 ZPO. nur für den Alleinnacherben.

b) Im Falle der Diskontierung der Nacherbschaft, so sagen andere[3]), ist ja charakteristisches Tatbestandsmerkmal, daß ihr Gegenstand eine noch nicht angefallene Erbschaft ist. Also dürfe man ohne weiteres den § 2371 nicht anwenden. Weil[4]) aber die Diskontierung der Nacherbschaft unter keine besondere Kategorie falle, so fänden die allgemeinen Grundsätze Anwendung, welche für Verträge gelten, deren Gegenstand ein bedingtes künftiges, noch nicht existierendes Recht bildet[5]). Dabei sei der Meinung der Motive (II 352) beizupflichten[6]), daß im Fall der Gültigkeit des Vertrages und Realisierung des Rechtes (des Anfalls) die Vorschriften über den Erbschaftskauf entsprechende Anwendung fänden; denn in den bezeichneten Fällen wird der Wille der Vertragsteile regelmäßig dahin auszulegen sein, daß nach dem Anfall der Erbschaft dieselben Wirkungen (mangels anderweitiger Vereinbarungen) an den Vertrag sich knüpfen sollen, als wäre er erst nach dem Anfall abgeschlossen. Es würde somit auch nicht die Forderung abzuweisen sein, daß auch der Verkauf der bezeichneten Anwartschaften oder bedingten Rechte der Formvorschrift des § 2371 (und ebenso derjenigen des § 2033 A. 1.) Satz 1 unterliegen.

---

[2]) Gruchots Beiträge Bd. 52, S. 680.

[3]) Böhm S. 259: „wird ähnlich wie der Kauf einer schon angefallenen Erbschaft zu behandeln sein". Kretzschmar § 35 Note 2.; Paul Mayer § 45 Note 9; Planck V, S. 933 „so treten die Wirkungen des Erbschaftskaufes ein". Staudinger zu § 2371 Seite 839; Weckmann S. 11; Wertheimer S. 10.

[4]) Staudinger a. a. O.

[5]) So auch Ohmeyer S. 153.

[6]) Böhm 254; Planck V, 933; Staudinger a. a. O.

c) Nach einer weiteren Ansicht[7]) soll wohl die Verfügung über künftige Rechte möglich sein, aber die Wirksamkeit der Diskontierung der Nacherbschaft erst im Zeitpunkt des Nacherbfalls eintreten. Nach der Realisierung des ungewissen Rechtes[8]) unterliege das befristete[9]) Rechtsgeschäft den Regeln des Erbschaftskaufes. Denn die Wirkungen seien bis zum Eintritt der Nacherbfolge hinausgeschoben[10]), und in diesem Moment sei ja erst auch der Tatbestand des § 2371, der das Vorliegen einer bereits angefallenen Erbschaft erfordert, vollkommen erfüllt.

d) Dem Schluß von der Möglichkeit der obligatorischen Verträge über die Nacherbschaft auf die rechtliche Zulässigkeit der Verfügung über dieselbe pflichtet auch Kipp[11]) bei, doch nimmt er insofern eine Sonderstellung ein, als er den § 2033 für den Mitnacherben nicht gelten läßt und als Gegenstand der Verfügung nicht das Nacherbrecht selbst annimmt, so daß der Dritte nach der Diskontierung der Nacherbschaft nicht in die Nacherbenstellung einrückt.

e) Eine weitere Ansicht[12]) vermeidet wohl den Fehler, den Umfang des Bewiesenen weiter anzunehmen, als er in Wahrheit ist; jedoch macht diese Meinung den anderen Fehler, die Veräußerungsmöglichkeit der noch nicht angefallenen Erbschaft mit dem Hinweis auf die Vererblichkeit der Nacherbenstellung zu begründen. Dieser Beweis ist nicht schlüssig. Denn es ist zum Beispiel das Ausschlagungsrecht des Erben wohl vererblich, nicht aber übertragbar. Übertragen werden können nur die Erbschaftsgegenstände. Mithin kennt die Rechtsordnung vererbliche und doch unübertragbare Rechte, womit dargetan ist, daß die Vererblichkeit kein Beweis für die Übertragbarkeit des Rechtes ist.

---

[7]) So Borcherdt I, S. 334; Wertheimer S. 14.

[8]) Borcherdt a. a. O.

[9]) Wertheimer S. 15.

[10]) Vgl. hierzu Boehm S. 254, der vom Nacherben, der unter aufschiebender Bedingung eingesetzt ist, sagt, daß dieser nur nach dem Eintritt der Nacherbfolge sein Recht veräußern dürfe.

[11]) Kipp S. 244.

[12]) Kommentar der Reichsgerichtsräte zu § 2100, § 2371 und zu § 2108. Salinger S 138 und S. 146, Semeka S. 122.

II. Ganz abweichend von diesen Meinungen hält eine mittlere Ansicht[13]) die obligatorischen Verträge über die noch nicht angefallene Nacherbschaft für rechtlich möglich, aber keineswegs ständen ihnen die dinglichen Wirkungen der Verfügung zur Seite. Wäntig führt in Jastrows Formularbuch[14]) folgendes aus: Vor dem Anfall könne der Erbe über die Erbschaft nicht verfügen, also auch nicht der Nacherbe[15]).

Wollte man die Frage, ob der Nacherbe sein Recht mit dinglicher Wirkung veräußern kann, bejahen, so lägen nur zwei Erklärungsmöglichkeiten vor: der Erwerber träte an die Stelle des Nacherben, dies widerspreche dem Grundsatze, daß Erbe nur der werden könne, wer vom Gesetz oder vom Erblasser (durch Testament oder Erbvertrag) dazu berufen sei —; oder aber es ginge das Recht des Veräußerers zur Zeit des Anfalls auf den Erwerber über. So wäre es auch nach preußischem Allgemeinen Landrecht[16]) gewesen, wo dem Fideikommissar die Erbschaft mit dem Tode des Erblassers anfiel und er sie

---

[13]) Köpcke S. 17; Neumann S. 287.; Wäntig, Zeitschrift des deutschen Notarvereins Bd. 6, S. 377 und Jastrows Formularbuch XIV. Auflage S. 322.

[14]) XIV. Aufl. S. 322 ff.

[15]) Vgl. hierzu Frommhold S. 325 zu § 2371: „Der Nacherbe kann erst nach dem Eintritt des Nacherbfalls (2139) die Erbschaft verkaufen; vor diesem Zeitpunkte würde nur ein bedingtes Veräußerungsgeschäft vorliegen; anders nach preuß. Recht".

[16]) Für die Zeit vor 1900 maßgebend RG. Bd. 33, S. 295: „daß derjenige, welcher unter einer aufschiebenden Bedingung oder nur von einem gewissen Tage an zum Erben eingesetzt ist, mit dem Eintritt der Bedingung oder des Tages das Erbrecht erwirbt, ohne daß es weiter einer Besitzergreifung bedarf (§ 367, § 368, § 370, ALR. I, 9)", und das Erbrecht „als ein bedingtes und befristetes, betagtes Recht Gegenstand freier Verfügung des Erben ist."

Dagegen Förster-Eccius (VI. Auflage) in „Theorie und Praxis" IV S. 360: Der Erbschaftskauf kann aber mit seinen dinglichen Wirkungen erst nach Eintritt des Substitutionsfalles geschlossen werden, da unter „Erbfall" in § 367 und § 368 ALR. I, 9 der Zeitpunkt zu verstehen ist, an dem der Erbe das Eigentum an der Erbschaft erwirbt, und unter „angefallener Erbschaft" die erworbene Erbschaft. Der fideikommissarische Erbe hat aber noch nicht erworben. Die Erbschaft ist ihm noch gar nicht angefallen.

erst mit dem dies veniens erwarb. Hier beim BGB. läge es aber anders; denn hier erwirbt der Nacherbe die Nacherbschaft in dem Zeitpunkte, da sie ihm anfällt, nämlich am Tage des Nacherbfolgefalls.

Gegenüber diesen Ausführungen ist darauf hinzuweisen, daß die erste Möglichkeit keineswegs gegen die Grundzüge des Nacherbrechts verstößt. Dem Willen des Erblassers gemäß wird der Veräußerer Nacherbe; was dieser mit dem ihm kraft Erbganges überkommenen Recht anfängt, liegt dann bei ihm selbst. Auch tritt der Erwerber eines Miterbenanteils an die Stelle des Miterben.

Wäntig bringt jedoch noch ein neues Moment in die Fragestellung hinein. Obwohl er die Verfügung über die Nacherbschaft für nichtig hält[17]), so trennt er von dieser Frage eine andere ab. Die aus dem Nacherbrecht entströmenden Ansprüche, insbesondere die bedingten Herausgabeansprüche, könne der Nacherbe wohl veräußern, außer wenn er Mitnacherbe sei. Allein unabtretbar wären die Rechte aus § 2121, 2122, 2123, 2127 und 2128.

Ihm schließt sich Jérôme[18]) an mit der begründenden Behauptung, das Erbrecht des Nacherben und sein Herausgabeanspruch gegen den Vorerben seien als bedingte Rechte in dem gegenwärtigen auf den Anfall enthalten, weil das Recht auf den Anfall nicht ohne das bedingte Erbrecht und den bedingten Herausgabeanspruch gedacht werden könnten. Die bedingten Ansprüche des Nacherben könne er gemäß § 398 BGB. übertragen, veräußern, verpfänden usw. Der Mitnacherbe mache hiervon eine Ausnahme gemäß § 2033 Absatz 1[19]).

Die Konsequenz dieser Ansichten müßte nun die sein, daß nach der Verfügung des Nacherben über seine bedingten Herausgabeansprüche und sonst aus der Nacherbenstellung entspringenden Rechte er nicht aufgehört hätte, Nacherbe zu sein, weil er ja seine Nacherbenstellung selbst nicht übertragen konnte, daß ihm ferner die Rechte aus den §§ 2122, 2121,

---

[17]) Köpcke S. 17 ist derselben Ansicht, jedoch will er auch dem Mitnacherben eine Verfügung über seinen Mitnacherbenanteil zugestehen.

[18]) Jérôme S. 67—77.

[19]) Dagegen Kipp S. 244.

2123, 2127, 2128 zuständen, weil sie als unveräußerlich ihm verblieben waren. Welchen Inhalt hätte dann wohl sein Recht? Aus welchem Grunde der Zweckmäßigkeit hätte er noch die unübertragbaren Rechte? Da dürften wohl Wäntig und Jérôme die Antwort schuldig bleiben, es sei denn, sie würden die Existenz inhaltloser Rechte annehmen. Oder soll die Veräußerung der aus der Nacherbenstellung entspringenden Rechte den Untergang des Nacherbrechts bewirken? Dann aber wäre ja dennoch durch die Verfügung über die im Nacherbrecht enthaltenen bedingten Rechte über dieses selbst mitverfügt.

III. Führten die erstgeschilderten Richtungen völlig oder zum mindesten teilweise zur Bejahung der Möglichkeit einer Diskontierung der Nacherbschaft, so steht ihnen eine dritte Ansicht[20]) entgegen, welche überhaupt jeden Vertrag über eine noch nicht angefallene Erbschaft für unzulässig hält. Diese Anschauung vertreten Endemann, Frommhold, Wilke[21]) und du Chesne. Letzterer versucht nachzuweisen, daß das Nacherbrecht unübertragbar sei, weil seine Pfändung praktisch undurchführbar sei. Da § 829 ZPO. nicht in Frage kommen kann, bleibe als Denkmöglichkeit nur die Pfändung von Ansprüchen nach § 829 ff. ZPO. oder sonstiger Rechte, bei denen kein Drittschuldner vorhanden ist, § 857 ZPO. Dem Nacherben stände ein Anspruch auf Übertragung des Nachlasses an den Vorerben nicht zu, da er nach § 2100 erst Erbe werde in dem Augenblicke, wo der Vorerbe es aufhöre zu sein. Er sei nämlich sogleich ipso iure Träger des Nachlaßvermögens. Aus dieser seiner Erbenqualität könnten ihm Herausgabeansprüche entstehen gegen den Vorerben oder dessen Erben, also dingliche Ansprüche. Diese könnten gepfändet werden nach § 847 (bewegl. Sachen), § 848 u. 847 (unbewegl. Sachen) Abs. 1 u. 3; dagegen seien die Ab-

[20]) Du Chesne „Blätter f. Rsanwendung“ Bd. 75, S. 235; Endemann III, S. 321: „Auch die durch Gesetz oder Vertrag gesicherte Anwartschaft erzeugt einen übertragbaren Rechtsanspruch nicht“; Frommhold S. 326.

[21]) Wilke: S. 314: „Dem Nacherben fällt die Erbschaft erst an mit dem Eintritt des Nacherbfolgefalls (§ 2103, 2106, 2139). Der Verkauf der dem Nacherben zugedachten Erbschaft nach dem Tode des Erblassers, aber vor dem Anfall der Nacherbschaft ist daher kein Erbschaftskauf im Sinne des § 2371 — 2385. Die abweichende Entscheidung des Reichsgerichts beruht auf den Vorschriften des ALR.“

sätze 2 der genannten §§ ausgeschlossen, weil der Nacherbe schon Erbe sei und als solcher Eigentümer. Nach § 848 Abs. 3 werden die dem Sequester herausgegebenen Sachen nach den für die Zwangsvollstreckung in unbewegliche Sachen geltenden Vorschriften bewirkt, somit nach § 866 ZPO. durch Eintragung einer Zwangshypothek, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Diese Maßregeln ständen aber desgleichen den Gläubigern, die den Herausgabeanspruch nicht gepfändet haben, zu. Diese Art der Pfändung gewähre nur Schutz gegen Nachteile des Pfändungsgläubigers, wenn Schuldner den Besitz der unbeweglichen Sache hat. Da zur Eigentumsübertragung etc. unbeweglicher Sachen er des Besitzes nicht bedarf, so ist die Pfändung für den Gläubiger wertlos. Zudem könne man das nicht eine Pfändung des Nacherbrechts, sondern nur der in ihm enthaltenen Ansprüche nennen. Das Verfügungsverbot des § 857 ZPO., das keine gewöhnliche Verfügungsbeschränkung (wie § 835 u. § 136 BGB.) wie die durch einstweilige Verfügung erlassenen sei, begründe ein Pfandrecht des Gläubigers an dem betreffenden Recht und müsse zur Überweisung und Einziehung führen. Es könne also nur so weit gehen als das Vertragspfandrecht. Es gäbe aber kein Vertragspfandrecht am ganzen Vermögen. Und wenn am Nachlaß kein Pfändungspfandrecht möglich sei, so auch nicht an einem Recht auf den Nachlaß; denn dieses Recht könnte seinem Inhalte nach nur zur Erwerbung des Nachlasses durch den Schuldner führen. Ein Pfandrecht an diesem Recht müsse zu einem Pfandrecht an den nachmals auf Grund dieses Rechtes erworbenen Nachlaßgegenständen führen, also zu einer hypotheca tacita.

Sei das Nacherbrecht ein Recht auf ein künftiges Vermögen, so sei auch kein Arrestpfandrecht möglich (§ 958 ZPO.). Gegen eine einstweilige Verfügung lägen Bedenken vor: sie sei nur möglich, wenn das Nacherbrecht selbst abtretbar wäre. Der § 52 Grundbuchordnung ergäbe, daß der Inhalt des Nacherbrechts zugleich eine Beschränkung des Vorerben in der Verfügung über den Nachlaß zur Sicherung der künftigen Rechtsstellung des Nacherben bedeute; so sei ein Veräußerungsverbot hinsichtlich des Nacherbrechts, das selbst als Veräußerungsverbot wirke, unmöglich, denn das müßte zu — einer eingetragenen Verfügungsbeschränkung über eine eingetragene

Verfügungsbeschränkung führen. Aus der Unpfändbarkeit des Nacherbrechts, das, wie dargetan sei, praktisch unpfändbar, gehe zur Evidenz seine Unübertragbarkeit hervor; denn diese kann auf dem Wege der ZPO. nicht verwirklicht werden[22]).

## § 4. Das Wesen der Verfügung.

Will man die Diskontierung der Nacherbschaft, insoweit sie eine Verfügung über die noch nicht angefallene Nacherbschaft enthalten soll, auf ihre rechtliche Möglichkeit hin prüfen so muß man von der Betrachtung der Verfügung und ihres Gegenstandes ausgehen.

Es würde den Rahmen dieser Arbeit bei weitem überschreiten, wollten wir uns auf eine eingehende Untersuchung des Wesens der Verfügung einlassen[1]).

Die Verfügung wird allgemein[1a]) als ein Rechtsgeschäft[2]) betrachtet, das, ohne daß es einer weiteren causa efficiens be-

---

[22]) Es braucht wohl kaum hinzugefügtzuwerden, daß das principium, welches du Chesne beweisen will, seinen Ausführungen schon zugrunde liegt und ihn zu seinen Schlüssen führt.

[1]) Insbesondere kann der Streit um das Verhältnis der Verfügung zum Gegenstand außer Betracht bleiben. Vgl. hierzu: Sohm „Vermögensrecht", Archiv für bürgerl. Recht 28, S. 173; „Noch einmal der Gegenstand" in Iherings Jahrbüchern 1908, S. 1—6; Biermann „Das deutsche bürgerliche Recht", 1908, S. 372 ff.; Stanietzky S. 33; im Gegensatz dazu: Binder „Vermögensrecht und Gegenstand" im Archiv f. b. R. Bd. 34, S. 209 ff.; „Der Gegenstand" in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 59, S. 1 ff.; Oertmann Kommentar I, S. 242, A. 4; Kipp b. Windscheid I zu § 137, S. 694.

[1a]) So Cosack I, S. 155, § 52 III; Crome I, S. 325 und 326; Dernburg I, S. 342; Endemann I, S. 284; Planck I, S. 185. Anm. 4; Schulz, Breslauer Diss. 1903, S. 17; Sohm „Vermögensrecht", S. 192; Wendt im Archiv f. zivilist. Praxis Bd. 89, S. 432 und 433.

[2]) Dagegen Seligsohn, Rostocker Diss. 1903, S. 21 und besonders S. 22: Verfügung gleich Rechtsakt, der auf unmittelbare Übertragung, Aufhebung oder Anderung eines Rechts gerichtet ist, und der sich vollzieht in Gemäßheit des Willens der Person, deren Recht eine Einwirkung erleidet

tsgeschäftliche Verfügung), oder ohne ihren Willen mittels behördlichen

ifens (Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung).

darf[3]), also völlig ursächlich unmittelbar[4]) ein Recht begründend, aufhebend, übertragend, belastend oder sonstwie ändernd[5]), zuungunsten[6]) des Verfügenden wirkt.

Vielfach wird unterschieden zwischen Verfügung — gleich Tatbestand mit Verfügungswirkung, und Verfügungsgeschäft — gleich Rechtsgeschäft mit Verfügungswirkung. Daran knüpft auch der Streit an darüber, ob unter einer Verfügung nur die rechtliche oder auch die tatsächliche Verfügung zu verstehen sei[7]). Die hierüber bestehende Verschiedenheit der Meinungen

---

[3]) Stanietzky S. 18: „nicht zeitlich unmittelbar".

[4]) Dernburg I, S. 342; Endemann I, S. 284: „unmittelbar auf bestehende Vermögensrechte"; Planck I, S. 185 Anmerk. 4; Hoddick, Leipziger Diss. 1907.

[5]) Wendt Bd. 89, S. 432 und 433 will auch die obligatorischen Rechtsgeschäfte unter den Begriff der Verfügung fassen. Er stützt sich auf § 353, § 375, § 1124, § 1125, § 1074, § 1282, § 1214, § 575 usw. BGB. Er geht über die Ansicht des Textes hinaus, indem er behauptet, daß jede Veräußerung eine Verfügung und der Kauf als Veräußerungsgeschäft auch eine Verfügung sei. Zur Begründung führt er den Satz an: „quoniam lex duodecim tabularum emptionis verbo omnem alienationem complexa videretur." Hier ist augenscheinlich Verpflichtung und Erfüllung verwechselt. Der Kauf verpflichtet zur Verfügung, jedoch wirkt er als reines Verpflichtungsgeschäft keineswegs unmittelbar auf die bestehenden Rechtsverhältnisse ein; dies geschieht erst durch die Realisierung des Kaufes: diese erst ist die Verfügung.

Im Gegensatz zu Wendt, aber wiederum extrem, faßt Wilutzky die Verfügung viel zu eng lediglich als Erfüllung auf (Archiv f. bürgerl. R. Bd. 28, S. 324). Nach ihm ist das Verpflichtungsgeschäft Ursache des darauf folgenden Erfüllungsgeschäftes, nämlich der Verfügung. Dagegen oft zutreffend Stanietzky, S. 12 und 16.

[6]) Sohm im Archiv f. bürgerl. R. Bd. 28.

[7]) Vgl. Sohm a. a. O. und Jastrow in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 25, S. 128. Im bewußten Gegensatz zu Planck I, S. 148 führt Wendt im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 89, S. 435 als Beispiele tatsächlicher Verfügungen, die nicht Rechtsgeschäfte sind, die der Zwangsvollstreckung und Arrestvollziehung, die Verpfändung des Vermögens, § 135 HGB.; § 86 GFG. — S. 192, 195 und 209 will lediglich ein locupletiorem fieri durch ein pauperiorem fieri unter den Begriff der Verfügung stellen. Dies ist zu eng; denn es gibt doch wirklich auch Verfügungen, wie z. B. die Dereliktion, die ein pauperiorem fieri wohl, nicht aber ein locupletiorem fieri bewirken.

ist aber für das Problem der Diskontierung der Nacherbschaft unwesentlich, weil sie nur als rechtliche Verfügung ihrer Natur nach möglich ist.

Im Gegensatz zum Verfügungsgeschäft steht das Verpflichtungsgeschäft[7a]); aus diesem Gegensatz ist die Verfügung erst völlig zu verstehen: die Verpflichtung ist nicht um ihrer selbst willen eingegangen, sondern wegen der Erfüllung desjenigen, zu dem man sich verpflichtet hat. Die Verpflichtung bedarf eines weiteren Mittels zu ihrer Erfüllung, zumeist einer Verfügung. Diese birgt jedoch in sich selbst die Erfüllung und steht in sich selbst vollkommen da. Darum wird sie von manchen abstrakt[8]) genannt, wiewohl diese Eigenschaft nicht gerade zu den ihr allerwesentlichsten[9]) gehört[10]).

## § 5. Die Natur der Nacherbschaft.

Es wird von manchen Autoren[1]) behauptet, die Nacherbschaft könne überhaupt nicht Gegenstand einer Verfügung sein. Darum ist es notwendig, Klarheit über die Natur der Nacherbschaft zu gewinnen.

I. Über das Wesen der Nacherbschaft bestehen grundsätzliche Kontroversen.

1. Die einen[2]) sehen in dem Erbfall den Zeitpunkt, in welchem der Nacherbe ein eigenes, unmittelbares, aber nur zeit-

[7a]) Crome I, S. 325—327.

[8]) So insbesondere Neubecker S. 92.

[9]) Das französische und z. B. auch das russische Recht kennen auch nichtabstrakte Verfügungen. So geht, wie nach Code civil Art. 1138 beim Kauf nach russischem Recht das Eigentum schon vor der Übergabe mit der bloßen Einigung über Ware und Preis auf den Käufer über. So auch die Entscheidungen des Dirigierenden Senates zu Artikel 1510 des Sswod sakónow X. Teil 1 der Jahre 1868 Nr. 72, 1869 Nr. 462, 1870 Nr. 1592, 1875 Nr. 915, 1880 Nr. 288.

[10]) Sohm „Der Gegenstand“ S. 1—6, 11, 23 und Kohler, Lehrbuch II, Teil 1, S. 5, Biermann (1908) „Das bürgerliche Recht“ I, S. 377, Stanietzky S. 33 u. a. a. O. wollen als Gegenstand von Verfügungen nur Vermögensrechte gelten lassen. Gegenstand ist nach Sohm a. a. O. Aktivbestandteil des Vermögens.

[1]) Du Chesne in der Zeitschrift d. deutsch. Notarvereins 1905, S. 397 ff.; Sohm „Der Gegenstand“, S. 87.

[2]) Böhm „Das Erbrecht des BGB“, S. 42; ähnlich Cosack II § 371, III, S. 725.

lich aufgeschobenes Recht erwirbt, welches völlig unabhängig ist vom Rechte des Vorberufenen. Ihnen ist die Nacherbschaft „ein zeitlich aufeinanderfolgender Wechsel der Subjekte der Erbschaft", und der Nacherbe „genau so gut Erbe wie jeder andere"[3]).

Diese Suspensivbedingungstheorie der Nacherbschaft betont zu wenig, daß das suspensiv bedingte Recht kein gegenwärtiges Recht ist, sondern erst mit dem Eintritt der Suspensivbedingung zum Vollrecht wird, woher denn auch vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge der Nacherbe nicht ebensogut Erbe ist, wie jeder andere, sondern lediglich das, was sein Name besagt; denn ihm stehen in dieser Zeit ja lediglich Sicherungsrechte in bezug auf die Erbschaft zu.

2. Eine andere Meinung[4]) mißt der Nacherbschaft „dinglichen", besser ausgedrückt: absoluten Charakter bei. Der Nacherbe habe bereits mit dem Erbfall ein Recht im subjektiven Sinne, nicht bloß eine Aussicht oder Hoffnung, sondern eine gesicherte Erwerbsberechtigung, stärker als die des fideikommissarischen Erben[5]). Daher stehe ihm bei rechtlichem Interesse auch die Feststellungsklage zu.

3. Andere[6]) wiederum meinen, daß das Nacherbrecht ein Recht eigener Art sei. Betrachte man die Wirkungen des Nacherbrechts während der Pendenz Dritten gegenüber, wie sie insbesondere ausgesprochen ist in der GBO. § 52 und in BGB. § 2113 und § 2115, so müsse man zugeben, daß das Nacherbrecht schon vor dem Eintritt der Nacherbfolge in mancher Beziehung den Charakter eines dinglichen Rechtes habe, andererseits aber zwinge ja nichts zur Subsumption unter das dingliche Recht[7]).

4. Eine eigenartige Stellung nimmt in dieser Kontroverse die dritte Auflage des Staudingerschen Kommentars[8]) ein, welche im Nacherbrecht „ein die Kehrseite der rechtlichen Gebundenheit des Vorerben darstellendes, einen Vermögensbestand-

[3]) Böhm S. 44 und 46.

[4]) Dernburg V, S. 161, Anm. 1. Mayer und Reis II, S. 79.

[5]) Dernburg a. a. O.

[6]) Köpcke insbesondere.

[7]) Köpcke S. 13.

[8]) Herzfelder in Staudingers Kommentar III und IV, sowie V. und VI. Auflage Bd. V, S. 407.

teil des Nacherben bildendes, übertragbares[9]) Recht schon vor dem Eintritt der Nacherbfolge“ sieht, für welches die Feststellung, ob es dinglichen Charakter habe oder nicht, völlig gleichgültig sei.

5. Ganz abweichend von der allgemeinen Anschauung steht Hellwig[10]) mit der Behauptung, daß das Nacherbrecht die Rechtsnachfolge in die Stellung des Vorerben sei. Scherzhaft fragt Dernburg[11]): „Soll denn der Nacherbe als Erbe des sich neu verheiratenden Vorerben aufzufassen sein?“ „Beerbung eines noch Lebenden kennt unser Recht nicht“. Dernburg wendet grundlegend für jede fernere Kontroverse gegen Hellwig ein[12]):

a) Der Nacherbe hat Verpflichtungen, die sich an die Beerbung des Testators knüpfen, und nicht die, die der Vorerbe bei der Verwaltung des Nachlasses einging[13]).

b) § 2143 besagt, daß nach Eintritt der Nacherbfolge „die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse“ wieder aufleben.

6. Vielleicht noch weit eigentümlicher als Hellwigs Ansicht ist die These du Chesne's[14]), daß es überhaupt kein Nacherbrecht gäbe.

Die Nacherbschaft sei lediglich eine Anwartschaft, aber kein subjektives Recht. Denn es gäbe nur dingliche und schuldrechtliche Rechte[15]), und es lasse sich beweisen, daß die Nacherbschaft weder das eine noch das andere sein könne.

---

[9]) In den ersten beiden Auflagen war die gegenteilige Meinung von Staudinger selbst niedergelegt.

[10]) Hellwig „Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft“, S. 212 ff. Dagegen sehr gut begründet Bleckwenn.

[11]) Dernburg a. a. O. S. 164.

[12]) Dernburg. daselbst u. ff. Seiten.

[13]) Vgl. hierzu Strohal I, S. 11. Die Nacherbschaft ist Rechtsnachfolge in die Stellung des Erblassers; Salinger S. 140, wonach der Nacherbfall lediglich die Rechtsnachfolge vollzieht, und der Erbfall die Person des Rechtsvorgängers unabänderlich bestimmt.

[14]) du Chesne in der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1905, S. 397.

[15]) du Chesne hätte, falls er von der Lückenlosigkeit seiner Beweise überzeugt, die Möglichkeit der Existenz anderer Rechtsarten in Erwägung ziehen müssen.

Ein dingliches Recht an beweglichen Sachen kann in der Nacherbschaft nicht ersehen werden, weil hieran nur Nießbrauch und Pfandrecht möglich sei und bei beweglichen Sachen der Besitz erfordert wird.

Ein dingliches Recht an unbeweglichen Sachen aber auch nicht, denn die Vormerkung schützt ein Recht, nicht aber verkörpert sie ein solches.

Als bedingtes Eigentum die Nacherbschaft aufzufassen, sei nicht angängig, denn „Bedingung ist Beredung“ und setzt einen Vertrag voraus.

Die schuldrechtlichen subjektiven Rechte kennten als Entstehungsgrund den Vertrag, die unerlaubte Handlung, das Gesetz, ex lege mit dem Erblasser.

Die Eingehung dieser Verpflichtungen mit dem Erblasser sei unmöglich, denn dieser ist tot; mit dem Vorerben desgl. nicht, wie der Fall zeigen könnte, da der Nacherbe Erbe des Vorerben wird. Das Nacherbrecht sei „überhaupt kein gegenwärtiges, sondern ein künftiges Recht“[16]). „Solange der Vorerbe Erbe ist, hat der Nacherbe nichts“[17]). „Er ist heres nasciturus“. „Die Sicherungsmittel, die ihm die Rechtsordnung an die Hand gibt, sind vorausfallende Schatten der künftigen Rechtsstellung“[18]).

Ja was ist denn die Nacherbschaft in der Gegenwart? Darauf antwortet du Chesne[19]): „Das Recht des Nacherben ist kein Recht, sondern eine Rechtslage, wonach jemand auf Grund fortwirkender letztwilliger Anordnungen Subjekt eines Vermögens werden kann“.

„Ein Recht, das sich nur als Verfügungsbeschränkung eines anderen äußert, ist kein Recht, sondern nur eine wirtschaftliche Lage, die mittelbaren Schutz erhält (vgl. Besitz, der Rechtswirkung hat)“[20]).

---

[16]) du Chesne in der Zeitschrift des deutsch. Notarvereins 1905 S. 397.

[17]) Daselbst.

[18]) Daselbst.

[19]) Daselbst.

[20]) Derselbe in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung Bd 97, S. 237 ff. Vgl. auch Sohm a. a. O.

Diese rechtliche Lage ist aber nach du Chesne nicht eine rein vermögensrechtliche, sondern ist familienrechtlicher Natur. „Diese familienrechtliche Stellung ist unübertragbar“[21]).

7. Am weitesten ist die Ansicht[22]) verbreitet, daß das Nacherbrecht ein Anwartschafts- oder Wartrecht sei. Über die Natur dieses Wartsrechts sind die Meinungen wiederum geteilt. Einig sind sie darüber, daß die Bedeutung des Voranfalls darin zu suchen ist, daß der Nacherbe „sein künftiges Anrecht auf die Erbschaft definitiv erworben hat[23])“.

Teils will man in diesem Anwartschaftsrecht ein absolutes Recht erblicken, insbesondere wegen seiner Wirkungen, teils wird dieses Anwartschaftsrecht im Sinne der Definition Semekas als eine rechtlich gesicherte Möglichkeit einer künftigen Vollrechtsentstehung aufgefaßt, deren Eigentümlichkeit sei, vererblich zu sein[24]).

II. Hatten wir in der Literatur so verschiedenartig erscheinende Meinungen gehört, daß, erstens, die Nacherbschaft kein gegenwärtiges, sondern ein künftiges Recht, in der Gegenwart existent lediglich eine wirtschaftliche Lage, zweitens, daß das Nacherbrecht ein suspensiv bedingtes Recht, drittens ein Anwartschaftsrecht auf ein künftiges Vollrecht, viertens ein Wartrecht dinglicher, absoluter Natur, fünftens ein absolutes Recht, sechstens ein Recht eigener Art, siebentens eine Rechtsnachfolge in die Stellung des Vorerben sei, so ergibt sich bei

---

[21]) du Chesne daselbst.

[22]) Crome V, S. 34: „festes Anrecht auf die Erbschaft, so daß der Anfall nicht mehr willkürlich vereitelt werden kann“. Endemann S. 160 und 179; Dernburg V, S. 161; Frommhold S. 132: „abgesehen von gewissen Ausnahmefällen, schon mit dem Erbfall ein festes Anwartsschaftrecht, welches er auf die Erben überträgt (§ 2108) und auf welches er verzichten kann (§ 2142)“; Hachenburg S. 13; Kipp II, S. 244; Kuhlenbeck „Von den Pandekten bis zum BGB.“: „vererbliche Anwartschaft“; Salinger S. 146: „festes Recht, eine Anwartschaft, die veräußerlich und vererblich“; Semeka S. 140; Staudinger V, S. 406; Strohal S. 171: „vererbliches Anwartschaftsrecht auf den Eintritt der Nacherbfolge“.

[23]) Crome V S. 34.

[24]) Endemann ist auf Seite 160 derselben Ansicht und nimmt, sich selbst widersprechend, auf Seite 179 an, daß die Nacherbschaft der Regel nach unvererblich sei.

näherer Betrachtung, daß lediglich die Verschiedenheit der Standtpunkte, von denen aus das Nacherbrecht betrachtet worden ist, die Variationen der Ansichten bedingt. Eine allseitige Betrachtung dürfte die Fehler der Einzelstandpunkte vermeiden können.

Das Gesetz sagt im § 2100 über die Natur des Nacherbrechts:

„Der Erblasser kann einen Erben in der Weise einsetzen, daß dieser erst Erbe wird, nachdem zunächst ein anderer Erbe geworden ist (Nacherbe)."

Nach dem Eintritt des Nacherbfalls Erbe zu werden — das ist der Inhalt des Nacherbrechts. Mithin ist der Nacherbe zur Zeit des Erbfalls noch nicht Erbe[25]).

Ist denn der Nacherbe zur Zeit des Erbfalls gar nichts, wie du Chesne meint?

Er ist einer, der unter ganz bestimmten Bedingungen, welche durch das Testament oder das Gesetz festgesetzt sind, Erbe wird, dem als werdendem Erben das Gesetz Sicherungsmittel in die Hand gegeben hat gerade im Hinblick und in bezug auf die in der Zukunft ihm anfallende Erbschaft. Es ist somit ein Tatbestand, den die Rechtsordnung schützt, indem sie ihn von Rechtsfolgen begleiten läßt, d. h. dem Nacherben subjektive Rechte gewährt, deren Inhaber er vom Erbfall an ist. Dadurch unterscheidet sich die Nacherbschaft von der wirtschaftlichen Lage, aus der in der Gegenwart noch keine Berechtigungen, sondern bloß Hoffnungen und Aussichten entspringen.

Bei der Betrachtung der Natur des Nacherbrechts ist streng zu unterscheiden zwischen den zwei Bestandteilen desselben: den Gegenwarts- und den Zukunftsberechtigungen.

Die Gegenwartswirkung des Tatbestandes besteht lediglich in den dem Nacherben verliehenen Sicherungsmitteln, die ihm in bezug auf die Erhaltung und Sicherung der Erbschaftsmasse gewährt sind, und dem Recht auf den künftigen Anfall der Nacherbschaft.

Diese Sicherungsmittel sind teils absoluter Natur (z. B. § 52 GBO. und § 2113 und § 2115 BGB.), teils bloße Forderungs-

[25]) Anderer Ansicht Böhm S. 44.

rechte, wie z. B. das Recht des Nacherben, vom Vorerben die Hinterlegung der Inhaberpapiere bei einer Hinterlegungsstelle usw. verlangen zu dürfen[26]).

Aber alle diese dem Nacherben zustehenden Rechte auf Eintragung im Grundbuch, auf Fordernkönnen einer Hinterlegung, auf Auskunft, auf Inventarerrichtung, auf Teilnahme an der Aufstellung von Wirtschaftsplänen usw. sind nicht um ihrer selbstwillen da, sondern einzig und allein, um sicherzustellen den zukünftigen Erwerb der Erbschaftsmasse.

Es ist also unrichtig, wenn man sagt, daß das, was an Gegenwartswirkungen dem Nacherbrecht entfließt, sei dinglicher oder lediglich obligatorischer Natur. Es ist beides, wie wir gesehen haben. Und sowohl die obligatorischen als auch die absoluten Berechtigungen entspringen dem Recht des Nacherben, Erbe zu werden, sind da, um dies sicherzustellen; in dem der Nacherbschaft von der Rechtsordnung ihm zuerteilten rechtlichen Schutz, in der Möglichkeit des Nacherben, seiner Anwartschaft sich schon vor dem Nacherbfall zu entledigen § 2142, in der Vererblichkeit § 2108 zeigt sich die Nacherbschaft als ein subjektives Recht[26a]); somit kann man von einem Wartrecht des Nacherben sprechen.

Im Zeitpunkt des Falles der Nacherbfolge tritt an Stelle des Wartrechts des Nacherben gemäß dem Willen des Testators, dem es entspringt, das Erbrecht des Nacherben. Mit Eintritt des Nacherbfalls ist der Nacherbe ebensogut Erbe wie jeder andere. Dieses Erbrecht ist vor dem Nacherbfall im Wartrecht nicht enthalten, sondern nur durch dieses gesichert und unabänderlich bestimmt. In der Zeit zwischen Erbfall und Nacherbfall ist dieses Erbrecht des Nacherben ein künftiges, vom Eintritt des Nacherbfalls bedingtes Recht.

Es ist somit bei der Nacherbschaft zu unterscheiden in der Zeit zwischen Erbfall und Nacherbfall das Wartrecht mit absoluten und Forderungselementen und das künftige, bedingte[27]) Erbrecht. Die Entscheidung über die Möglichkeit einer Diskontierung der Nacherbschaft wird somit abhängen

---

[26]) § 2116 BGB.

[26a]) v. Tuhr, Bd. I, S. 185.

[27]) § 2108 Abs. 1, § 2074 BGB.

von der Vorentscheidung, ob überhaupt eine Verfügung über eine Erbschaft, und ferner, ob eine Verfügung über ein künftiges Recht möglich sind.

III. Es ist in der Literatur angezweifelt worden[28]), daß die Nacherbschaft überhaupt Gegenstand von Verfügungen sein könne. Sohm geht davon aus, daß Gegenstand von Verfügungen nur Vermögensrechte sein könnten[29]). Die Erbfolge als Persönlichkeitsfolge (successio in personam, nicht bloß in rem) sei ein Statusrecht; denn es mache die Eigenschaft eines Verwandten (Intestaterbrecht), bzw. eines vom Erblasser durch Einsetzung im Testament oder Erbvertrag den nächsten Angehörigen Gleichgesetzten geltend. „Das Erbrecht ist" nach Sohm „Familiengüterrecht von Todeswegen"[30])[31]).

Diese Einwände vermögen nicht zu überzeugen. Zunächst kann eine personenrechtliche Eigenschaft durchaus vermögensrechtliche Wirkungen haben, wie z. B. die Tatsache, ein Kind des Erblassers zu sein, den rein vermögensrechtlichen Pflichtteilanspruch erzeugt. Ferner widerlegt das Gesetz selbst die Behauptungen Sohms: es gestattet z. B. dem Miterben, über seinen Miterbenanteil § 2033, den gesetzlichen Erben, über ihr gesetzliches Erb- und Pflichtteilrecht zu verfügen (§ 312 Abs. 2).

Die Erbschaft kann also sehr wohl Gegenstand von Verfügungen sein, und es fragt sich lediglich, ob der, welcher erst „Erbe wird, nachdem zunächst ein anderer Erbe geworden ist" (§ 2100), über sein künftiges Recht schon in der Gegenwart verfügen kann. Die Entscheidung über das Problem der Verfügbarkeit künftiger Rechte wird diese Frage beantworten.

## § 6. Der Begriff des künftigen Rechts.

Der Begriff des zukünftigen Rechts ist abhängig davon, was man allgemein als zukünftig bezeichnet. Zukünftig ist

---

[28]) So von du Chesne a. a. O. und Sohm „Der Gegenstand" S. 22 und im Archiv für bürgerl. Recht Bd. 28, S. 186 ff.

[29]) So auch Biermann I, S. 377; Kohler Lehrbuch I, Teil 1, S. 5; Stanietkzy S. 33.

[30]) Sohm „Der Gegenstand", S. 87.

[31]) Dagegen Strohal a. a. O. I, S. 196. Vgl. hierzu Petersen, inbes. S. 29 ff.

alles das, was nicht gegenwärtig ist, aber dereinst kommen und da sein wird, wenn die Gegenwart zur Vergangenheit geworden und an ihre Stelle das Kommende getreten ist. Ein zukünftiges Recht ist also ein solches, das für das Rechtssubjekt erst in der Zukunft entstehen wird.

Weil aber alles Werden von Ursachen bedingt ist, so ist der Grund und die Ursache dessen, was in der Zukunft entstehen wird, schon in der Gegenwart vorhanden. Somit ist auch das künftige Recht, das in der Gegenwart selbst nicht da ist, dennoch in seinen Bedingungen und Ursachen von dem Jetzt abhängig und in ihm gegründet. Die Rechtslage der Gegenwart ist der Boden, in dem das künftige Recht im Keime ruht.

Rechte begleiten Tatbestände oder auch eine einzelne Tatsache; weil das künftige Recht Begleiter künftiger Tatsachen ist, und diese wiederum abhängen und sich gründen in den gegenwärtigen Tatsachen des Lebens, so ergibt sich folgendes Bild: Wir haben Tatsachen, kurz einen Tatbestand in der Gegenwart; ihn begleitet die Rechtsfolge. Aus der Lebenslage der Gegenwart entsteht die der Zukunft, aus der Rechtslage des Jetzt entwickelt sich die der kommenden Zeit.

Es verlaufen nebeneinander Lebenslagen und Rechtslagen, und dennoch sind sie eng miteinander verbunden. Sie verursachen nicht einander, sondern entströmen bloß ein und demselben Grunde[1]). Denn bei der Änderung des Tatbestandes ändert sich auch die Rechtslage, aber nicht allein deswegen, weil der Tatbestand wechselt, sondern auch deswegen, weil die Rechtsordnung von vornherein den neuen Tatbestand von anderen Rechtsfolgen begleitet wissen wollte[2]).

---

[1]) Analogie: die Begleitung physischer, chemischer Vorgänge im Gehirn durch mentale im Gedankenleben. Ein chemischer Prozeß im Gehirn ruft den folgenden hervor, ein Gedanke folgert den andern. Beide Prozesse laufen nebeneinander her, ohne einander zu verursachen: beide entströmen nur ein und demselben Grunde.

[2]) Vgl. Kohler, Lehrbuch des BGB. I, S. 162. „Die Rechtsordnung kennt aber nicht nur subjektive Rechte, sondern auch Rechtslagen. Das ist lange verkannt worden. Man hat lange Zeit bloß zwischen Nichtrecht und subjektivem Rechte unterschieden; zwischen beiden aber bestehen Rechtslagen verschiedener Grade und Ordnungen."

„Das künftige Recht tritt an Stelle des präsenten, sei es, in Erfüllung des Zweckes, welchem das präsente diente[3]), sei es, um sonst irgendwie einen Ausgleich für das präsente Recht, welches unterging, zu schaffen“[4]).

Zu den künftigen Rechten gehören auch die mit Anfangstermin befristeten und aufschiebend bedingten Rechte, denn auch bei ihnen fehlt in der Gegenwart etwas zu ihrem vollen Dasein — die Frist oder die Bedingung. Erst wenn die Bedingung oder der Termin eintritt, ist das bedingte oder betagte Recht vollständig da[5]).

Abgesehen von der Frage, ob Verfügungen, über künftige Rechte möglich sind, die in den folgenden Paragraphen der Abhandlung zu prüfen sein wird, ist hier zu erwägen, was Gegenstand der Verfügung in der Gegenwart war, wenn die „Rechte“, über die verfügt ist, in der Zukunft nicht entstehen. Jedenfalls wird man doch m. E. diesen Gegenstand weder Rechte, noch gar zukünftige Rechte, nennen dürfen; denn ein Recht, das nicht ist, ist kein Recht, und ein Recht, das nie eintritt, kein zukünftiges Recht. Gegenstand der Verfügung ist dann bloß ein gehofftes Recht, ein erwartetes Recht. Der mögliche Einwand, die Rechtslage sei die gleiche bei Verfügungen über künftige Rechte, ist nicht zutreffend, weil objektiv es ja ganz genau feststeht, was von der Zukunft in der Gegenwart verankert ist. Subjektiv allein ist es das gleiche, da man gewöhnlich das im Jetzt keimende Kommende nicht schauen kann.

---

Unter Rechtslage versteht Kohler die Beziehung des Rechtssubjektes zu den Lebensgütern im allgemeinen oder im besonderen, welche von Bedeutung sein können für die Entstehung oder Entwicklung subjektiver Rechte. Denn die Rechtsordnung träte nicht erst zutage, wenn sie sich zu förmlichen Rechten konkret gestaltet hat, sondern schon dann, wenn etwas Rechtliches entsteht, das einen Einfluß auf die künftige Rechtsgestaltung gewinnt, und zwar zugunsten einer bestimmten Person, z. B. Geschäftsfähigkeit (ihr fehlt es an Rechtsobjekten), Verantwortlichkeit für unerlaubte Handlungen.

[3]) Z. B. beim Wartrecht.

[4]) Ohmeyer a. a. O. S. 20.

[5]) So Dernburg Pandekten I, S. 105, A. 8; Ohmeyer a. a. O.; v. Tuhr DJZ. IX, S. 429 „Verfügungen über künft. Forderungen“; Windscheid-Kipp Pandekten I § 67 A. 2.

## § 7. Beweis für die rechtliche Möglichkeit der Gegenwartsverfügung über künftige Rechte.

I. Gegen die Möglichkeit der Gegenwartsverfügung über künftige Rechte hat Josef Kohler[1]) ernste, prinzipielle Bedenken, weil es unmöglich sei, daß bestimmt werde, was A künftig erwerbe, solle sofort in das Eigentum des B fallen. „Das wäre eine ..... Unterwerfung ohne künftiges Zutun der Persönlichkeit, eine Unterwerfung kraft Rechtssatzes, ..... es wäre dasselbe, wie wenn die Persönlichkeit verdammt wäre, der notwendige Repräsentat des anderen zu sein, so daß, was sie erwirbt, dem anderen verfiele“[2]).

Es läßt sich diesen Bedenken entgegen halten, daß der Wille des Verfügenden selbst es ist, der die Gebundenheit in der Zukunft herbeiführt. Die Rechtsordnung gewährt lediglich das, was der Wille des Verfügenden herbeigeführt hat.

Eccius[3]) führt einen anderen Einwand an: zum Begriffe der Verfügung gehöre die Existenz eines Gegenstandes. „Verfügung über ein Nonens erscheint mir als ein Nonsens“, sagt Eccius.

Alle Entgegnungen, die in der Deutschen Juristen-Zeitung[4]) gegen Eccius vorgebracht worden sind, treffen seinen Einwand nicht; denn sie stützen sich auf Gesetzesstellen, die angeblich eine Verfügung über künftige Rechte enthalten, während Eccius vom Wesen der Verfügung selbst ausgeht. Nur eine Entgegnung auf gleicher Grundlage dürfte seinen Einwand aus dem Felde schlagen. Und dies dürfte wohl der Hinweis darauf sein, daß allerdings die Verfügung eines Gegenstandes bedarf, daß dieser Gegenstand aber im Zeitpunkt der Verfügung durchaus nicht ganz gegenwärtig zu sein braucht. Die Unmittelbarkeit der Verfügungswirkung, die wesentlicher Begriffsbestandteil der

---

[1]) Kohler im Archiv für bürgerl. Recht Bd. 18, S. 102.

[2]) Kohler, Lehrbuch I T. 1, S. 157 läßt aber eine Verfügung über künftige Forderungen zu, mit der Beschränkung, daß die Verfügung nur wirkt, „wenn künftig die Forderung eine Forderung des Verfügenden wird, sei es vor ihrem Entstehen, sei es durch Übertragung. Ähnl. Planck Anm. 4a zu § 398.

[3]) Eccius in Gruchots Beiträgen Bd. 48, S. 466.

[4]) Heuer DJZ. 1903 S. 27; Grünebaum DJZ. 1908 S. 801; von Tuhr DJZ. 1904 S. 226.

Verfügung ist, ist nicht zeitlich[5]), sondern ursächlich aufzufassen. Somit trifft die Gegenwartsverfügung über ein künftiges Recht nicht ein Nonens, sondern einen Gegenstand, der und insofern er in der Zukunft vorhanden sein wird und in der gegenwärtigen Rechtslage[6]) schon im Keime vorhanden ist.

Wiewohl die Einwände Kohlers und Eccius' die Möglichkeit der Verfügung über künftige Rechte nicht zu negieren imstande sind, so sind sie doch die stärksten, die vorgebracht werden können. Alles[7]), was sonst vorgebracht worden ist, richtet sich nur gegen die einzelnen Beweismittel, welche von den Befürwortern der Verfügungsmöglichkeit künftiger Rechte angeführt werden.

Wenn endlich Hoddick[8]) meint, die Annahme der rechtlichen Möglichkeit einer Gegenwartsverfügung über künftige Rechte sei deshalb falsch, weil die Gegenwartsverfügung über künftige Rechte dadureh der Gegenwartsverfügung über gegenwärtige Rechte gleichgestellt würde, so ist dies kein Einwand im wahren Sinne des Wortes, sondern dürfte höchstens eine Konstatierung von Tatsachen sein, und zwar zudem noch eine solche, die, wie wir weiter unten[9]) sehen werden, die Unterschiede in den Wirkungen der Gegenwartsverfügung über gegenwärtige Rechte und in den der Gegenwartsverfügung über künftige Rechte verkennt.

Aus vielen Gesetzesstellen wird die rechtliche Möglichkeit der Gegenwartsverfügung über künftige Rechte hergeleitet. Den meisten dieser Beweisversuche haftet der Fehler der petitio principii an; denn oft ist es nur möglich, von der einzelnen Gesetzesstelle die Bejahung oder Verneinung der Verfügbarkeit künftiger Rechte bewiesen zu sehen, wenn man sich zuvor für die eine oder andere Meinung entschieden hat.

Wirklich ernsthaft können für die Möglichkeit der Gegenwartsverfügung über künftige Rechte in Erwägung gezogen

[5]) Vgl. Stanietzky S. 18: „unmittelbar ist die Wirkung, zu deren Eintritt es keiner weiteren causa efficiens bedarf....."

[6]) Vgl. hierzu Kohler Lehrbuch I T. 1, S. 162.

[7]) So von Kipp, Heuer, Langheineken, Strauß a. a. O. Wir bringen diese Einwände bei Prüfung der einzelnen Gesetzesstellen.

[8]) Hoddick, Leipziger Dissertation. 1907.

[9]) § 8 und § 9 unserer Abhandlung.

werden die §§ 276[II], 278 Satz 2, 185, 308, 398, 399, 437, 443, 476, 540, 573, 574, 717, 721, 765, 954—957, 1113, 1124, 1153, 1154, 1158, 1190, 1204, 1212, 1289 Satz 1, 1517, 1614, 1714[10])[11])[12]).

Die für die rechtliche Möglichkeit der Gegenwartsverfügung über künftige Rechte gefundenen Beweise fußen sämtlich auf dem Gesetzestext, außer dem, den Stanietzky[13]) aus der Entstehungsgeschichte des BGB. unternimmt. Er geht von einem Satze des römischen und justinianeischen Rechtes aus: C. 8, 53, 3. „Spem futurae actionis plena intercedente donatoris voluntate posse transferri non immerito placuit". Das BGB. wolle, indem es schweige, von dem im gemeinen Recht rezipierten Satze nicht abweichen. Immerhin bleibt für das römische Recht selbst fraglich, ob es die Verfügung über künftige Rechte so ganz allgemein anerkannt hat[14]).

Das Gesetz weist zahlreiche Stellen auf, die geeignet wären, in dieser Kontroverse eine Rolle zu spielen. v. Tuhr will die Möglichkeit der Vorausverfügung in § 185 bestätigt finden; ausgehend vom Begriff der Verfügung, den v. Tuhr für den Beweiszweck geeignet in der Form faßt, daß eine Verfügung vorliege, wenn jemand ein ihm zustehendes Recht oder ein Rechtsverhältnis, in dem er sich befindet, zu seinen Ungunsten modifiziert, schließt v. Tuhr, daß das Nichtzustehen eines gegenwärtigen Rechtes dieses für den Verfügenden zu einem zukünftigen mache.

---

[10]) Dafür Abrahamson Deutsche Juristen-Zeitung (DJZ.) 1903, S. 343; Dernburg, „Bürgerl. Recht" II, S. 350; Grünebaum DJZ. 1905, S. 801; Heuer DJZ. 1903, S. 27; Josef im „Recht" Bd. 9, S. 117; Kohler, Lehrbuch I, S. 157; Kuhlenbeck bei Staudinger zu § 388 A. 1[a]; Matthias I, S. 451; Lippmann DJZ. 1903, S. 47; Planck zu § 388 A[e]; Stanietzky S. 56; v. Tuhr DJZ. 1904, S. 226; Reichsgericht bei Warneyer VI, S. 571 und 572 (1/X 1907); RG. Bd. 55, S. 354 (29/IX 1903); RG. in DJZ. 1904, S. 745 (26/IV 1904).

[11]) Dagegen Eccius DJZ. 1904, S. 54, und bei Gruchot Bd. 48, S. 465; Kipp bei Windscheid II, S. 392; Oertmann zu § 399 A 1[a]; Langheineken, „Anspruch und Einrede", 1903 (Leipzig), S. 55; Strauß DJZ. 1903, S. 342.

[12]) Die Aufzählung der Gesetzesstellen macht keinen Ausspruch auf Vollzähligkeit.

[13]) Stanietzky, Rostocker Diss. 1909. S. 56.

[14]) Vgl. Windscheid II § 355 Anm.: „Dies kann sich nur auf eine bedingte Forderung beziehen".

Wenn nun der § 185 sagt, „die Verfügung eines Nichtberechtigten wird wirksam, wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt .....“, so wäre nach v. Tuhr damit gesagt, daß die Verfügung des Nichtberechtigten über ein für ihn zukünftiges Recht wirksam sei. „Die antizipierte Verfügung über ein künftiges Recht konvalesziert somit mit Entstehung des Rechts“.

Mit vollem Recht wendet sich Eccius gegen diese Beweisführung, indem er auf den Fehler in v. Tuhr's Begriffsbestimmung des künftigen Rechts hinweist[16]). Ferner darf daraus, daß das Gesetz den Fall, daß dem Verfügenden das Recht fehlt, weil es einem andern zusteht, unter gewissen Voraussetzungen zuläßt, nicht ohne weiteres geschlossen werden auf die Zulässigkeit des anderen Falles, daß die Verfügung ein Recht treffen soll, das überhaupt noch nicht existent ist.

Die §§ 276 Abs. 2 und 278 Satz 2 scheinen für die Verfügungsmöglichkeit künftiger Rechte zu sprechen:

§ 276 Abs. 2: „Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht erlassen werden im voraus“.

§ 278 Satz 2: „Die Vorschrift des § 276 Abs. 2 findet keine Anwendung“.

Mithin kann, so ist man zu denken geneigt, durch einen Vertrag über noch nicht bestehende Schadensersatzansprüche, die eventuell aus einem Vertragsverhältnis entspringen könnten, schon in der Gegenwart verfügt werden, aber dies nur, wenn es sich um Haftung für fremdes Verschulden handelt. In Wirklichkeit bewirkt ein derartiger Vertrag lediglich, daß für die Partei aus dem Verschulden der Person, deren sie sich zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeit bedient, keine Verpflichtungen zum Schadensersatz entstehen.

Die öfter zitierten §§ 308 und 437 können ebenfalls nicht als Beweismittel angeführt werden, denn sie betreffen, wie Strauß[17]) richtig bemerkt, rein obligatorische Verträge und nicht Verfügungen.

Staub[18]) führt den § 312 Abs. 2 an: „Der vorher“ durch einen Vertrag, der unter künftigen gesetzlichen Erben über

[16]) Vgl. § 6 der vorliegenden Abhandlung.

[17]) Strauß DJZ. VIII, S. 342: weil Abtretung abstrakt und dinglich, darum nicht möglich Abtretung künftiger Rechte.

[18]) Staub DJZ. VIII, S. 360.

den gesetzlichen Erbteil oder Pflichtteil eines von ihnen geschlossen war, „vereinbarte Rechtsübergang wird dann wirksam und in dem Augenblicke, da das Recht entsteht."

Kuhlenbeck[19]) und Planck[20]) nennen als Beweise § 398 und § 399 für die rechtliche Möglichkeit der Vorausverfügung[21]). Dagegen wird in der Literatur die Einwendung[22]) erhoben, daß die genannten Paragraphen lediglich das pactum de cedendo behandelten. Aus dem Wortlaut des Gesetzes „Eine Forderung kann übertragen . . . . . werden" gehe zur Evidenz hervor, daß das Gesetz die Übertragung existenter Forderungen gemeint hätte. Diese Kontroverse über den Inhalt dieser beiden Paragraphen zeigt, daß weder das eine noch das andere mit aller Klarheit aus dem Wortlaut sich ersehen läßt, so daß man wohl mit einigem Recht an der Beweiskraft der zitierten Paragraphen sowohl für wie gegen die Verfügungsmöglichkeit künftiger Rechte zweifeln dürfte.

Die §§ 443, 476 und 540 BGB. erklären eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung zur Gewährleistung oder Vertretung von Mängeln erlassen oder beschränkt wird, für nichtig, wenn der Mangel arglistig verschwiegen wird. Argumento e contrario ist man zu deduzieren geneigt: diese Vereinbarung ist rechtsgültig, wenn die Mängel auf seiten der Kontrahenten unbekannt sind. Demnach könnte durch einen Vertrag in der Gegenwart über in der Zukunft eventuell entstehende Gewährleistungsansprüche verfügt werden. In Wirklichkeit aber liegt die Sache anders: durch die Vereinbarung wird lediglich bewirkt, daß keine Gewährleistungspflichten aus den in den §§ 443, 476 und 540 genannten Gründen entstehen. Grünebaum[23]) führt die §§ 573, 574 BGB. an, welche eine Verfügung über künftige Mietforderungen voraussetzen, und § 832 ZPO. und § 833 ZPO., die die Pfändung künftiger Gehaltforderungen betreffen.

Innerlich verwandte Fälle sind die Tatbestände der §§ 1154 und 1158.

---

[19]) Kuhlenbeck bei Staudinger zu § 398 A. 1a.
[20]) Planck zu § 398 Anm. 4e.
[21]) Aber nur für die Abtretung künftiger Forderungen.
[22]) Heuer DJZ. VIII, S. 28 und 29.
[23]) Grünebaum DJZ. X, S. 801.

§ 1124 Abs. 1 sagt, daß Verfügungen über Miet- und Pachtzinsforderungen gegenüber dem Hypothekengläubiger wirksam sind, wenn sie sich auf Miet- und Pachtzinsforderungen des laufenden und folgenden Kalendervierteljahrs beziehen. § 1158 sagt ein Ähnliches über Hypothekenzinsen und Nebenleistungen.

Abrahamson[24]) und Goesch[25]) nennen die §§ 717 und 721, die die Verfügung über den Anspruch auf den künftigen Gewinnanteil usw. eines Gesellschafters zulassen.

Der § 765 Abs. 2 erlaubt künftige Forderungen durch Bürgschaft, der § 1204 durch ein Pfandrecht an einer beweglichen Sache, die §§ 1113, 1115, 1153, 1154 und 1190 (Maximalhypothek) durch eine Hypothek zu sichern, d. h. künftige ungesicherte Forderungen umzugestalten zu gesicherten.

Die §§ 954, 956 gestatten einen Vertrag, der eine Verfügung in sich birgt über in der Gegenwart noch nicht bestehende Erzeugnisse und Früchte einer Sache.

Im Pfandrecht begegnen wir vielfach der Regelung von Tatbeständen, durch welche noch nicht bestehende Rechte, wie z. B. künftige Zinsen, durch ein in der Gegenwart bestelltes Pfandrecht an einer Sache durch dasselbe mitgesichert werden. Ferner erstreckt sich der in der Gegenwart abgeschlossene Pfandvertrag auch auf die Erzeugnisse nnd Früchte der Pfandsachen, und zwar sowohl im Pfandrecht der beweglichen Sachen (Faustpfandrecht) als auch in dem der unbeweglichen Sachen (Hypotheken, Grundschuld, Rentenschuld) und im Pfandrecht der Rechte (z. B. an Forderungen). Als Beispiele, die beliebig vermehrt werden könnten, seien genannt die §§ 1119, 1120, 1212, 1250, 1264, 1289.

§ 1614 sagt: „Für die Zukunft kann auf den Unterhalt nicht verzichtet werden."

§ 1714 Abs. 2: „Ein unentgeltlicher Verzicht auf den Unterhalt ist nichtig."

Aus diesen Verboten des Gesetzes läßt sich folgern, daß das BGB. sie zu erlassen für nötig hielt, weil es die Tatbestände der zitierten Paragraphen von der allgemeinen, stillschweigend vorausgesetzten Zulässigkeit der Gegenwartverfügung über künftige Rechte ausschließen wollte.

[24]) Abrahamson DJZ. VIII, S. 343.

[25]) Goesch S. 47.

Überblicken wir die Gesamtheit der Beweise, die aus dem positiven Gesetze sich schöpfen ließen, soweit sie einer eingehenden Prüfung gegenüber sich als wirkliche Beweise erwiesen haben, so ergibt sich in der Tat die rechtliche Möglichkeit der Gegenwartsverfügung über künftige Rechte. Diese Feststellung fordert zugleich, daß eine Konstruktion gefunden wird, die diese Möglichkeit erklärt.

## § 8. Konstruktion der Gegenwartsverfügung über künftige Rechte.

Nach der Feststellung, daß das Rechtssubjekt über seine Beziehung zu künftigen Rechten verfügen kann, erhebt sich die Frage nach dem Wie.

Bei der uns bekannten Gegenwartsverfügung über ein gegenwärtiges Recht trifft die Verfügung das Recht gleichzeitig mit ihrer Vornahme und wirkt ändernd, vernichtend, belastend usw. auf das Recht ein. Hier gibt wirklich der Verfügungsakt das Datum der Verfügung. Anders die Gegenwartsverfügung über künftige Rechte. Diese muß begrifflich auch unterschieden werden von der bedingten Gegenwartsverfügung über gegenwärtige Rechte, mit der sie leicht zu verwechseln ist. Denn obwohl bei der Verfügung über künftige Rechte auch von einer Bedingung gesprochen werden kann, insofern als der Eintritt des künftigen Rechts kausal bedingt sein muß durch ein künftiges Ereignis, so liegt bei der Gegenwartsverfügung über künftige Rechte die Bedingung im Objekt und ist unabhängig vom Willen des Verfügenden, während bei der bedingten Verfügung über gegenwärtige Rechte die Bedingung im Willen des Verfügenden sich birgt.

Nun kann ja jede Verfügung über künftige Rechte als bedingte Verfügung ausgesprochen werden, indem der Verfügende seine Verfügung nur unter der Bedingung vornimmt, daß das künftige Recht entsteht. Es gibt aber unter den vom Willen des Rechtssubjektes gesetzten Verfügungen solche, deren Bedingung lediglich aus dem Willen[1]) des Verfügenden ent-

[1]) Hierher gehören z. B. die durch Anfangs- oder Endtermin bedingten Verfügungen. Vgl. Dernburg S. 157, II, 2.

springt, wo somit die Entstehung des künftigen Rechts vom Willen des Verfügenden abhängt. Diese allein verdienen streng genommen den Namen bedingter Verfügungen. Die Verfügung über künftige Rechte, deren Bedingung im Objekt liegt, ist in ihrer Wirksamkeit lediglich vom Eintritt des künftigen Rechts bedingt[2]). Für ihre Wirksamkeit ist der Wille des Verfügenden unerheblich, insofern er die Verfügung noch besonders von dem Entstehen des künftigen Rechts abhängig macht. Die Entstehung des künftigen Rechts ist keine echte Bedingung im technischen[3]) Sinne des BGB., sondern eine conditio iuris für die Wirksamkeit der Verfügung über das künftige Recht. Allein die hier gekennzeichnete Verfügung ist eine Gegenwartsverfügung über künftige Rechte.

Für diese entsteht die Frage, ob sie Gegenwarts- oder Zukunftswirkung hat. Das wird davon abhängen, in welcher Weise das künftige Recht entsteht. Das Werden des künftigen Rechts vollzieht sich nicht plötzlich aus dem Nichtrecht, sondern dem künftigen Recht gehen Rechtslagen verschiedener Grade und Ordnungen voraus[4]). Aus diesen Rechtslagen entwickeln sich dann die Tatsachen, welche die Rechtsordnung als conditiones iuris für die Entstehung des subjektiven Rechtes fordert.

Besteht die Rechtsbedingung für den Erwerb des Rechts in einer einzigen Tatsache, so vollzieht sich der Rechtserwerb uno actu mit dem Vorliegen dieser einen Tatsache.

Fordert die conditio iuris aber das Vorliegen mehrerer Tatsachen, welche nacheinander eintreten können, so ist „mit jeder bereits vorliegenden Erwerbstatsache eine Vorstufe des Rechtes erreicht. Je mehr Tatsachen eingetreten sind und je weniger noch ausstehen, um so mehr nähert sich die Vorstufe der vollen Existenz des Rechts“[5]). Ermangelt zum Rechts-

[2]) S. Ohmeyer S. 204.

[3]) Adickes „Zur Lehre von den Bedingungen“, 1876.; Cosack I § 61; Crome I § 24; Enneccerus I, S. 259 und 262 ff; Engelmann S. 118; Fischer-Heule zu § 158 BGB.; Leonhard im „Jahrbuch für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts“ Bd. 39, S. 174; Salkowski Institutionen § 27 II; Wendt „Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft“.

[4]) Kohler Lehrbuch II, S. 162.

[5]) v. Tuhr I, S. 180.

erwerb nur noch eine einzige Tatsache, so nennt man das im Werden begriffene Recht eine Anwartschaft[6]). Diese kann sowohl dingliche als auch obligatorische Rechte zum Gegenstand haben[6]).

Bei den einzelnen Anwartschaften ist sehr verschieden der Grad der Sicherheit, den sie in bezug auf den Eintritt des noch fehlenden letzten Tatbestandsstückes bieten. Es gibt aber auch Anwartschaften, bei denen der Eintritt der letzten Tatsache, die zum Rechtserwerb führt, unabwendbar[7]) ist, wie z. B. die befristeten Forderungen.

Bei allen Anwartschaften liegen aber schon etliche Tatsachen vor, welche zum vollständigen Tatbestand gehören, bei dessen vollständiger Erfüllung das Recht erworben wird; somit ist mindestens ein Hinderungsgrund für die Entstehung des künftigen Rechtes schon beseitigt[8]).

Doch das Merkmal der Anwartschaft besteht nicht nur in dem unbedingt notwendigen Warten auf das Hinzutreten der noch fehlenden Rechtsbedingungen zu den vorhandenen, sondern vielmehr auch in einer formell- wie materiellrechtlichen Abgrenzung eines Teiles des in sukzessiver Entwicklung ergriffenen Rechtsverhältnisses[9]). Darum verliert beim Überwiegen der Unsicherheit der Erwerbsaussicht die Anwartschaft den rechtlichen Charakter und ist dannn nur als eine einfache Erwartung zu bezeichnen.

Zitelmann[10]) führt dafür als treffliches Beispiel die Aussicht des Offerenten an, durch die Annahme seiner Offerte ein Recht gegen den Annehmenden zu erlangen.

Jedoch ist hier das Hinzutreten der noch zum Rechtserwerb fehlenden Rechtsbedingung zum vorliegenden Tatbestand lediglich vom Willen des Vertragsgegners abhängig, weshalb

---

[6]) v. Tuhr daselbst. Vgl. auch Crome § 33; Endemann II § 65 Note 16; Enneccerus § 72 I; Kohler Lehrbuch II, S. 161 ff; Semeka im „Archiv f. b. R." Bd. 35, S. 121 ff; Zitelmann, „Internationales Privatrecht" 1897, II, S. 50 ff.

[7]) v. Tuhr a. a. O., S. 181.

[8]) v. Tuhr I, S. 182.

[9]) Semeka a. a. O., S. 121 ff.

[10]) Zitelmann a. a. O., S. 51.

man Zitelmann durchaus zustimmen muß, daß hier von einem Wartrecht nicht geredet werden darf.

„Das Wartrecht[11]) bildet die Übergangserscheinung von einem rein obligatorischen[12]) zu einem rein dinglichen Recht, indem es in dem Entwicklungsstadium seiner wartrechtlichen Existenz hauptsächlich obligatorische Wirkung hat und eine absolute Wirkung stets nur unter der Bedingung des Wollens des Wartrechtsberechtigten zeitigt (Kannrecht)“[13]).

Oft gehen dem Wartrecht Wartrechtselemente voraus. Rechtslage, „Wartrechtselement, Wartrecht und Vollrecht, in dieser Reihenfolge entwickelt sich die Rechtserscheinung“[14]).

Das Wartrecht „als Teilerscheinung des Schwebezustandes als Haupterscheinung“[15]) „ist[16]) eine rechtlich gesicherte Möglichkeit einer zukünftigen Vollrechtsentstehung“[17]).

Die Verfügung über das künftige Recht gestaltet sich nach Semeka in der Art, daß die Verfügung das Wartrecht trifft, das den Gegenstand der Verfügung bildet, an welchem sich dann auch die Wirkungen der Verfügungen zeigen, wie z. B.,

---

[11]) Semeka daselbst S. 139. Semeka ist sich völlig bewußt dessen, daß er unser Problem behandelt. Er sagt S. 118 ff., das Problem sei: „kann das Subjekt in bezug auf die Zukunft bloß verpflichten, oder kann es auch verfügen.“

[12]) Semeka unterscheidet ferner u. a. zwischen dinglich und obligatorisch gesicherten Wartrechten. Bei den ersteren hättte das Rechtssubjekt sofort Verfügungsmacht, bei den letzteren entbehre es eine solche (S. 132). S. 140: „Für die Wartrechtsentstehung sind folgende Momente maßgebend: a) Bedingung, b) Befristung, Betagung, c) Subjektlosigkeit eines Rechts.“

[13]) v. Tuhr a. a. O., S. 182: „Der rechtliche Schutz der Anwartschaft ist vom Willen des A abhängig, in sein Ermessen gestellt.“ Vgl. Seckel „Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts“ S. 219: „Also ist die suspensiv bedingte Anwartschaft ein (durch gestaltendes, einseitiges Rechtsgeschäft ausübbares) Gestaltungsrecht, und das Anwartschaftsrecht wird durch die Erfüllung der Bedingung nicht ausgeübt und konsumiert, sondern in ein Vollrecht verwandelt.“

[14]) Semeka S. 180.

[15]) Ders. S. 183.

[16]) Ders. S. 159.

[17]) Über die Notwendigkeit der Annahme von Wartrechten vgl. Semeka S. 159 ff.

daß das Wartrecht übertragen oder belastet oder vernichtet usw. wird. Somit gibt das Wartrecht die Möglichkeit, über das künftige Vollrecht im voraus mittelbar zu verfügen[18]). Das aus dem Wartrecht entstehende Vollrecht trägt dann die dem Wartrechte anhaftenden Verfügungswirkungen.

Soweit kann man Semeka durchaus zustimmen. Semeka gibt aber zu[19]), daß nicht jedem Wartrecht ein Wartrechtselement vorausgeht, wie z. B. der Nacherbe vor dem Tode des Erblassers nur eine Aussicht hat und kein Wartrechtselement, weil er ja vor der Erbschaft in keine rechtliche Beziehung zu der Nacherbschaft tritt. Semeka wird aber auch ferner zugeben müssen, daß nicht jedem künftigen Vollrecht ein Wartrecht vorangeht, wie dem Erbrecht z. B. nur eine Aussicht vorausgeht.

In welcher Weise geht hier und überall da, wo die Verfügung über künftige Rechte zur Zeit ihrer Vornahme keinen Gegenstand findet, die Rechtswirkung an dem künftigen Recht vor sich?

Diese Wirkung läßt sich einfach erklären, wenn man annimmt, in diesen Fällen müsse die Gegenwartsverfügung über künftige Rechte Zukunftswirkung haben. Und das entspricht durchaus den Grundsätzen unserer Rechtsordnung. In der Verfügung äußert sich der Wille des Verfügenden. Er ist bindend, da Bedingungen erlaubt sind. Und zum Unterschiede zur bedingten Verfügung ist bei der Verfügung über künftige Rechte die Bedingung keine gewillkürte, sondern eine Rechtsbedingung.

Für den Fall ihres Eintritts ist das Rechtsgeschäft perfekt. Nun haben aber nach BGB. Geschäfte unter einer conditio iuris prinzipiell Wirkung ex tunc im Gegensatz zur gewillkürten Bedingung § 158 ff. BGB., welche Wirkung ex nunc d. h. mit ihrem Eintritt besitzt. Diese Regelung des BGB. geht besonders deutlich hervor aus der Regelung, welche die dingliche Verfügung über Sachen im BGB. gefunden hat[20]), bei welcher sich das Rechtsgeschäft nach dem Datum seiner Vornahme,

---

[18]) Semeka S. 163.

[19]) Derselbe S. 183.

[20]) Siehe Beispiele derselben S. 35—37 der Abhandlung.

d. h. ex tune bestimmt, und nicht nach dem Zeitpunkt des Entstehens der künftigen Sache[21]).

Die Wirkung der Verfügung tritt lediglich nach Maßgabe des in ihr ausgesprochenen Willens ein[22]).

Es bedarf also keiner weiteren causa efficiens. Das Datum der Verfügung bestimmt sich nach dem Zeitpunkt ihrer Vornahme[23]). Die Wirkung tritt ein mit Entstehung des künftigen Rechts.

Bleibt diese aus, so hat es bei der Verfügung sein Bewenden. Nicht daß sie nun rechtsunerheblich wäre, — jedenfalls trifft sie keinen Gegenstand und kann auch keine Verfügungswirkung auslösen, ist also, streng genommen, überhaupt keine Verfügung, sondern lediglich ein Versuch einer solchen.

Ob das Rechtsgeschäft, das die betreffende Verfügung über ein erwartetes künftiges Recht enthielt, völlig ohne rechtliche Bedeutung ist oder nicht, ob Schadenersatzansprüche usw. entstehen, das bestimmt sich nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts und der sonstigen Rechtsbeziehungen, die zwischen dem Verfügenden und dem Verfügungsempfänger vorliegen.

Die Zukunftswirkung der Gegenwartverfügung über ein künftiges Recht ist von weittragender Bedeutung. So steht sie entgegen allen anderen Verfügungen desselben Rechtssubjekts über dasselbe zukünftige Recht. Über das zukünftige Recht ist schon verfügt. In dem Augenblick seiner Entstehung wird es zuerst umgestaltet von dem ersten in die Rechtswelt verkörperten Willen und läßt einen weiteren Verfügungsakt nur zu, soweit die erste Umgestaltung die Möglichkeit offengelassen hat.

---

[21]) Beisp. § 879 und § 1209 BGB., insbesondere auch in Anwendung auf die in Note [20]) dieses Paragraphen genannten Beispiele.

[22]) Vgl. Ohmeyer S. 211.

[23]) Ohmeyer S. 211, daß die Wirkung mit dem Zeitpunkt der Entstehung des künftigen Rechts eintritt. „Aber der Verfügungsakt bestimmt das Datum der Verfügung und verleiht derselben in bestimmtem Maße die zurückziehende Kraft".

## § 9. Die Verfügung über die Nacherbschaft.

Im § 5 unserer Abhandlung hatten wir festgestellt, was das Wesen des Nacherbrechts ist in der Zeit zwischen Erbfall und Nacherbfall, nämlich ein Wartrecht und ein künftiges Erbrecht. Das Wartrecht als gegenwärtiges Recht kann von Verfügungen getroffen werden. Das künftige Erbrecht unterliegt als künftiges Recht den allgemeinen Grundsätzen der Verfügungen über künftige Rechte. Es wird im Augenblick seiner Entstehung, also im Moment des Eintritts des Nacherbfalls von dem in der Rechtswelt objektivierten Willen des Verfügenden ergriffen und umgestaltet[1]), wobei der Zeitpunkt der Verfügung das Datum des Verfügungsaktes, liefert der Zeitpunkt der Entstehung des künftigen Rechts das Datum für den Eintritt der Verfügungswirkung. Dadurch, daß das Datum des Verfügungsaktes und das der Verfügungswirkung auseinanderfallen, dadurch unterscheidet sich ja die Gegenwartsverfügung über zukünftige Rechte von der über gegenwärtige Rechte.

Deshalb ist die Verfügungswirkung zu beurteilen nach der Rechtslage zur Zeit der Entstehung des künftigen Rechts.

Dies angewandt auf die Verfügung über die Nacherbschaft will bedeuten, daß sie zu beurteilen ist hinsichtlich ihrer Wirkung nach der Rechtslage im Zeitpunkt des Nacherbfalls. In diesem Zeitpunkt wird der Nacherbe Erbe, der Mitnacherbe Miterbe.

Somit trifft der in der Rechtswelt objektivierte Wille des Verfügenden entweder eine Erbschaft oder eine Miterbschaft und die Rechtslage ist so zu beurteilen wie eine Verfügungswirkung hinsichtlich der genannten Berechtigungen.

Über die Erbschaft selbst kann ja nicht verfügt werden, sondern nur über die einzelnen Erbschaftsgegenstände. Somit ist die Verfügung über die Nacherbschaft gemäß § 2371 ff. zu behandeln[2]). Vom Zeitpunkt des Diskontierungsgeschäftes aus erscheint demnach die Verfügung über die Nacherbschaft als eine Verfügung über die einzelnen bedingten Herausgabeansprüche, die eventuell dem Nacherben gegenüber dem Vorerben zustehen.

---

[1]) Soweit seine Natur es zuläßt.

[2]) So auch Crome a. a. O.

Anders bei der Mitnacherbschaft. Da ja der Miterbenanteil als Ganzes übertragen werden und die Mitnacherbschaft gemäß § 2033 zu behandeln ist[3]), so erscheint die Verfügung über die Mitnacherbschaft im Zeitpunkte des Diskontierungsgeschäftes als eine Verfügung über den Mitnacherbenanteil. Die Form für beide Verfügungen ist gerichtliche oder notarielle Beurkundung.

Doch besteht ein Unterschied zwischen dem Kauf einer Erbschaft und dem einer Nacherbschaft, insofern bei letzterer die Rechtslage sich komplizierter gestaltet, da die den Kauf realisierenden Verfügungen zur Zeit ihrer Vornahme schon ein gegenwärtiges Recht, nämlich das Wartrecht des Nacherben vorfinden. Dieses wird von der Verfügung im Zeitpunkt ihrer Vornahme umgestaltet, z. B. übertragen.

Somit stehen dem Käufer einer Nacherbschaft auch die Sicherungsmittel gegenüber dem Vorerben zu.

Es sind hiergegen vielfach Bedenken[4]) geäußert worden; doch sind diese nicht stichhaltig, da ja kein Grund vorliegt, den Vorerben von Gesetzes wegen günstiger zu stellen, als er vom Willen des Erblassers gestellt ist, und zwar deswegen, weil zwischen dem Nacherben und einem Dritten ein Rechtsgeschäft vorgenommen wird. Ferner wäre es auch unbillig, dem Käufer einer Nacherbschaft die Sicherungsmittel zu nehmen und dem Vorerben dadurch die Möglichkeit zu geben, ungehindert und unbeaufsichtigt die Erbschaftsmasse zu verringern.

Mit der Bejahung der Diskontierung auch hinsichtlich der Verfügung über die Nacherbschaft ist zugleich gesagt, daß die Nacherbschaft auch von den Gläubigern des Nacherben gepfändet werden kann. Damit ist das Thema jedoch noch nicht erledigt. Denn es bleibt noch zu entscheiden übrig, ob der Nacherbe den Eintritt der Verfügungswirkung im Zeitpunkt der Nacherbfolge vereiteln könne durch die Ausschlagung der Erbschaft.

---

[3]) Crome V § 738 II 2a, S. 697.

[4]) Jérôme S. 66—77; Kipp II, S. 244; Wäntig S. 377. Die § 2121, 2122, 2123, 2127, 2128 haben doch nur den Inhalt, Vermögensrechte zu sichern.

Diese Frage gehört zum Thema. Denn niemand wäre wohl so töricht, sich auf eine Diskontierung einer Nacherbschaft einzulassen, überzeugt von ihrer Möglichkeit, aber im Zweifel, ob der Nacherbe so wider Treu und Glauben den Erfolg seiner eigenen Verfügungshandlung — die Verfügungswirkung — durch Ausschlagen der Erbschaft vereiteln könne.

## § 10. Die Wirkung der Diskontierung der Nacherbschaft auf das Ausschlagungsrecht des Nacherben.

Die Frage, ob der Nacherbe trotz erfolgter Verfügung über die Nacherbschaft diese ausschlagen könne, hängt davon ab, ob er vor dem Nacherbfall die Erbschaft annehmen kann. Denn die Erbschaftsannahme bedarf keiner Form und kann daher in einem pro domino gerere bestehen. Und in einer Verfügung über die Nacherbschaft würde ein Sich-als-Herrn-der-Erbschaft-Betrachten gesehen werden können.

Während für den gewöhnlichen Erben die Ausschlagung an eine Frist von 6 Wochen nach Kenntnis des Erbfalls und des Berufungsgrundes gebunden ist, ist dem Nacherben die Ausschlagungsmöglichkeit gegeben[1]) während einer weit größeren Zeitspanne, nämlich vom Erbfall an bis zu sechs Wochen nach Kenntnis seines Berufungsgrundes und des Eintritts des Nacherbfalls.

Es fragt sich nun, ob auch die Annahme dem Nacherben in derselben Zeit zusteht, wie ihm die Ausschlagungsbefugnis zukommt, oder ob die Annahme lediglich erst nach dem Erbfall vorgenommen werden kann.

In der Literatur sind die Meinungen hierüber geteilt. Es wird gegen[2]) die Annahmemöglichkeit des Nacherben vor dem Nacherbfall eingewendet, daß nach § 1946 der Erbe die Erbschaft annehmen kann, sobald der Erbfall eingetreten ist, daß

[1]) § 2142 BGB.

[2]) So Dernburg V § 59 III, Anm. 3, S. 174; Kipp III Anm. 7 zu § 668: „Die Erbschaft vor dem Eintritt des Nacherbfalls annehmen kann der Nacherbe nicht. Dies folgt aus dem Gegensatz zu § 2142, es besteht auch kein derartiges Bedürfnis, dem Nacherben bindende Annahmen zu eröffnen"; Kretzschmar S. 133, 134; Staudinger (Herzfelder) V, S. 406 und 407; Wäntig „Zeitschrift des deutschen Notarvereins" 1906, S. 406 ff.

somit der Nacherbe, der erst Erbe im Moment des Nacherbfalls wird, erst von diesem Augenblicke die Befugnisse des § 1946 habe. Ferner wäre der § 2142 durchaus unnötig gewesen, wenn der § 1946 auch für den Nacherben im Moment des Erbfalls maßgebend wäre.

Gegen diese Einwände wird die Begründung entgegengebracht[3]), daß der § 1946 gar nicht den Anfall der Erbschaft voraussetze, sondern lediglich den Erbfall. Daher kann der Anfall auch nicht zur Wirksamkeit der Annahme oder Ausschlagung gefordert sein[4]).

Ferner erlaubt ja der § 1946 unbestritten dem Ersatzerben, das Annahmegeschäft vorzunehmen. Ersatz- und Nacherbschaft weisen viele analoge Züge in ihrem Wesen auf.

Der § 1942 war, wie die Geschichte[5]) seiner Entstehung zeigt, gar nicht im Gegensatz zum § 1946 aufgestellt worden. Endlich kann man vom Wesen der Annahme aus zu dem Ergebnis gelangen, daß Annahme und Ausschlagung eng zusammenhängen und eine Regelung des einen Rechts die des anderen in sich schließt.

Was bewirkt nun die Annahme der schon angefallenen Erbschaft? Sie gestaltet die Erbenstellung zu einer definitiven um[6]), indem sie dem Erben die Befugnis nimmt, die Erbschaft auszuschlagen. Die Annahme ist also lediglich die Vernichtung des Ausschlagungsrechts[6a]).

Keine Annahme, wo kein Ausschlagungsrecht — nämlich beim Fiskus.

Ist es auch umgekehrt? Die Annahme kann ausgeübt werden durch:

1. ausdrückliche Erklärung des Erben, daß er annehme,
2. durch ein pro domino se gerere,

---

[3]) Binder I, S. 106; Böhm S. 350; Cosack II § 376 Anm. 12a; Endemann § 79 Anm. 10; Frommhold zu § 1946; Neumann Bem. 1b zu § 2142; Peiser § 74; Planck-Ritgen. Erl. zu § 2142 (dagegen die früheren Auflagen von Planck); Strohal I § 28a Note 3., S. 191 und II § 61a, S. 14.

[4]) Strohal a. a. O.

[5]) Erster Entwurf § 448 ff. Zweiter Entwurf § 448. Motive § 448.

[6]) Crome V, S. 511.

[6a]) Reichsgericht Bd. 54, S. 297.

3. durch Nichtausübung der Ausschlagung binnen der Ausschlagungsfrist.

Die letzte Tatsache, daß das Ausschlagungsrecht vernichtet wird, indem die Erbschaft durch Nichtausübung des Ausschlagungsrechtes angenommen wird, zeigt zur Evidenz, daß — wo ein Ausschlagungsrecht, dort auch die Möglichkeit seiner Vernichtung, die Annahme.

Weil der Nacherbe die Möglichkeit der Ausschlagung vom Erbfall an hat, hat er auch die der Annahme.

Und die Bedenken, die hiergegen möglich sind, insofern ja die Erbschaftsmasse vom Vorerben verringert werden könnte, so daß der Nacherbe zur Zeit des Erbfalls noch keinen Überblick haben kann über die Nacherbschaft, die er annimmt, werden entkräftet durch den Hinweis auf die Befugnisse des Nacherben, welche ihm wohl gestatten, einen Überblick sich zu verschaffen, nämlich auf die Berechtigung, vom Vorerben zu fordern die Aufstellung eines Wirtschaftsplanes[7]), die Hinterlegung bzw. Sperrung von Inhaberpapieren[8]), auf Auskünfte[9]), Aufstellung eines Verzeichnisses der zur Erbschaftsmasse gehörenden Gegenstände[10]), Feststellung des Zustandes derselben[11]), das Recht des Nacherben, Widerspruch zu erheben gegen eine Zwangsvollstreckung in die Erbschaftssubstanz, diese im Konkurs auszusondern[12]), ja endlich unter gewissen Umständen gegenüber dem Vorerben die Entziehung der Verwaltung[13]) und Sicherheitsleistung[14]) durchzusetzen.

Alle diese Berechtigungen schützen den Nacherben zugleich zur Genüge gegen jede Verringerung der Erbschaftsmasse, wenn er durch die Annahme sein Ausschlagungsrecht vernichtet hat.

Wir können demnach feststellen, daß der Nacherbe schon mit dem Zeitpunkte des Erbfalls die Nacherbschaft annehmen kann. Die Annahme der Nacherbschaft bedarf keiner Form,

---

[7]) § 2123.
[8]) § 2116 und § 2117.
[9]) § 2127.
[10]) § 2121.
[11]) § 2122.
[12]) § 2115 und ZPO. § 711 und 773; KO. § 128.
[13]) § 2128 und § 2129.
[14]) § 2128.

weil das Gesetz eine solche nicht vorgeschrieben hat und das BGB. im allgemeinen das Prinzip der Formfreiheit (argumento e contrario aus § 125 Satz 1) der Rechtsgeschäfte durchgeführt hat. Demgemäß ist der Wille entweder aus einer ausdrücklichen Abgabe einer Willenserklärung durch objektive Erklärungsmittel oder aus einer stillschweigenden Willenserklärung durch nach der Verkehrsanschauung und den Umständen des Falles schlüssige Handlungen und Unterlassungen, insofern sich der Handelnde der Schlüssigkeit derselben bewußt war oder bewußt sein mußte, zu entnehmen. Die Annahme der Nacherbschaft ist demnach aus jedem Verhalten zu schließen, das ein pro domino se gerere enthält. Eine Verfügung über das Wartrecht ist nun ein Eingriff in die Nacherbschaft, den sich nur derjenige gestatten darf, der die Absicht hat, die Nacherbschaft als einen Bestandteil seines Vermögens zu betrachten. Somit ist die Verfügung über die Nacherbschaft vor dem Nacherbanfall eine Annahme der Nacherbschaft und nicht etwa blos eine Verpflichtung zu einer künftigen Annahme; denn das Verfügungsgeschäft selbst läßt schon den bündigen Schluß auf den Willen zu, die Nacherbschaft anzunehmen. In weiterer Konsequenz sehen wir in der Diskontierung der Nacherbschaft eine Verzichterklärung auf das Ausschlagungsrecht von seiten des Nacherben, eine „vorzeitige Realisierung der Erbesaussichten“[15]). Nach der Diskontierung der Nacherbschaft kann diese nicht mehr ausgeschlagen werden.

Anders steht es mit einer Pfändung von seiten der Gläubiger des Nacherben. Auch nach der Pfändung kann der Nacherbe ihren Erfolg vereiteln, indem er die Nacherbschaft ausschlägt[16]), dies auch nach der nach der Konkursbeschlagnahme eintretenden Verfügungsbeschränkung[17]). Denn die Annahme ist ein Gestaltungsrecht eigentümlicher Art, welches lediglich vom Erben selbst ausgeübt werden kann, und nicht gegen seinen Willen von einem Dritten. Dies geht auch aus dem § 1406 Z 1. hervor, welcher besagt, daß die Annahme selbst von der Verwaltung des Frauengutes durch den Ehemann ausgeschlossen ist. Es bedarf nicht

---

[15]) Wertheimer S. 10; ähnl. Wilke zu § 2142 A. 1.

[16]) So Staudinger V, S. 407.

[17]) So Semeka S. 189 und KO. § 9.

einmal seiner Genehmigung zu der Annahmeerklärung der Frau. Wie sollte es bei einer derartigen Regelung im Sinne des Gesetzes liegen, wenn die Gläubiger das Wartrecht des Nacherben pfänden könnten mit der Wirkung, das Ausschlagungsrecht und auf diese Weise die Nacherbschaft zu einem definitiven Aktivbestandteil des Vermögens des Nacherben zu gestalten, was sonst nur durch die Annahme geschehen kann. Annahme und Ausschlagung schützen den Erben vor der Übernahme eines überschuldeten Nachlasses. Dieser Schutz wäre unter Umständen illusorisch, wenn die Gläubiger durch eine Pfändung den Nacherben seines Ausschlagungsrechts berauben könnten.

Wiederum anders liegt die Rechtslage, wenn die Diskontierung der Nacherbschaft in einer Verpfändung derselben bestanden hat. Dann ist ja, wie oben geschildert wurde, das Ausschlagungsrecht des Nacherben verloren gegangen durch seine Verfügung über die Nacherbschaft, von wo ab denn auch die Realisierung des Pfandrechts in keiner Weise vereitelt werden kann.